

**Universidade Federal do Rio Grande do Sul**

**ROBERTA SWAROWSKY BROCHIER**

**O Ministério Público e o combate à omissão inconstitucional:**  
estudo de caso de omissão municipal para com crianças e adolescentes vítimas de exploração  
sexual

Porto Alegre

2010

**ROBERTA SWAROWSKY BROCHIER**

**O Ministério Público e o combate à omissão inconstitucional:**  
estudo de caso de omissão municipal para com crianças e adolescentes vítimas de exploração sexual

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado junto ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**BANCA EXAMINADORA**

**Aprovado em Porto Alegre, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010**

---

**Prof. Juarez Freitas**  
**Orientador**  
**Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS**

---

**Prof.**  
**Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS**

---

**Prof.**  
**Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS**

*Dedico este trabalho, com muito amor, a meus queridos pais Roberto e Sofia: melhores e incomparáveis amigos, companheiros para as mais diversas aventuras e sempre presentes na minha vida com dedicação incondicional. Diariamente me incentivam a lutar por elevados ideais, dando-me muitas forças para caminhar com fortaleza e mansidão.*

*Agradeço, com muito carinho e admiração,*

*A Deus, pelo presente da vida, pela saúde, pela oportunidade de concluir este curso, e por tudo o que, diariamente, me concede.*

*Aos meus pais e a minha família, por terem desde sempre me incentivado para a vocação jurídica e a galgar um futuro repleto de sentido, sendo a realização profissional parte de nossa missão. Agradeço especialmente aos meus pais por tornarem mais suaves as dificuldades e as provações do meu caminhar,*

*À orientação alegre, eficaz e dedicada do Prof. Juarez Freitas, que entre muitas reflexões, lições e sorrisos, ajudou-me a compreender concretamente a essência do imperativo “o Estado não pode tardar”,*

*Às amigas do Centro Cultural Porto Belo, especialmente à Ângela Vidal da Silva Martins, por seus ensinamentos e pela formação recebida, fonte de muitas forças, e pelo valor de que o trabalho bem feito é instrumento de ajuda aos outros, ato virtuoso que representa uma entrega sincera,*

*À Procuradoria da República no Rio Grande do Sul –Núcleo do Consumidor, ao Procurador da República Alexandre Amaral Gavronski e sua equipe, por toda a atenção recebida no estágio, de maneira que pude observar in locu o Ministério Público,*

*Aos amigos da família Phoenix Institute, que tive a bênção de conhecer durante o período acadêmico nos dois verões (2008/2009) que estudei na Notre Dame University, em Indiana. Agradeço o suporte dos professores Aaron Castillo e Alfredo de J. Flores.*

*Ao Santander e a Secretaria de Relações Internacionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – RELINTER – pela oportunidade de bolsa de estudos de um semestre na Universidade do Porto,*

*Aos amigos que tive o privilégio de conhecer durante a minha passagem pela Faculdade de Direito.*

*“Vivir éticamente significa sentirse calurosamente invitado a no retrasar innecesariamente la tarea de llegar a ser lo que somos, a no dejar pasar lerdamente (el tiempo) - actitud que suele ir acompañada del deseo banal de recuperarlo-, a no gastarlo en cosas inútiles para realizar la gran faena de la existência.”*

*Jose Luis Del Barco*

## RESUMO

O presente trabalho dedica-se à análise da evolução histórica do Ministério Público, de sua crescente contribuição e função institucional, mormente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, crucial para a delimitação de seu papel e de sua missão de defensor da sociedade. Destaca-se a fundamental função do *parquet* para o controle da omissão estatal, visando à proteção e ao respeito dos direitos constitucionais assegurados aos cidadãos. O estudo acontece em três etapas - partindo-se da natureza do Ministério Público - rumo à análise de atribuições específicas de controle da omissão inconstitucional administrativa, por meio de instrumentos judiciais e extrajudiciais de atuação. A abordagem sistemática do tema também permite conjugar a importância dos princípios da precaução e da prevenção para a ação ministerial. No último capítulo, reflete-se sobre um caso paradigmático, ocorrido no município de Florianópolis, a fim de compreender com criticidade a parte teórica abordada e a eficácia da atuação do Ministério Público frente à inércia inconstitucional violadora dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, vítimas de exploração sexual. Pelo estudo feito, verifica-se que a aproximação com a realidade reveste-se de um significado científico que permite desvendar, conhecer melhor e valorizar o nobre trabalho ministerial.

Palavras-Chave: Ministério Público. Controle da omissão estatal. Estudo de caso: RE 482611. Programa Sentinela.

## **ABSTRACT**

*The present work is devoted to the analysis of the historical evolution of the Ministério Público, its growing contribution and institutional function, especially since the advent of the Constitution of 1988, which was crucial for defining its role and mission of defending the society. It is highlighted the aspect of the parquet's fundamental role for the control of State's omissions, in order to protect and respect the constitutional rights guaranteed to the citizens. The study takes place in three stages - starting from the nature of the Ministério Público towards the analysis of its specific functions of controlling unconstitutional Government's omissions. The systematic approach of the theme also allows the perception of the importance of the precaution and prevention principles for parquet's action. The last chapter reflects on a paradigmatic case occurred in Florianópolis, in order to have a critical understand about the theoretic part and perceive the efficiency of the action of Ministério Público concerning the State's unconstitutional inertia, which violates the fundamental rights of children and adolescents victims of sexual exploitation. It can be concluded that the approximation to reality carries a scientific sign that allows us to discover, better know and value the noble ministerial work.*

*Keywords: Ministério Público. Control of State omission. Study case: RE 482611. Sentinela Program.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 Origens remotas.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2 O Ministério Público no Brasil.....</b>	<b>14</b>
1.2.1 Breve abordagem da evolução ministerial pelas Constituições brasileiras.....	15
1.2.2 A afirmação institucional na Constituição de 1988.....	19
<b>1.3 A defesa do interesse público primário.....</b>	<b>20</b>
<b>1.4 A defesa da ordem democrática.....</b>	<b>22</b>
<b>1.5 Agente controlador da omissão estatal.....</b>	<b>24</b>
<b>2 A OMISSÃO ESTATAL E O CONTROLE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....</b>	<b>27</b>
<b>2.1 Breve fundamento sobre a responsabilidade civil estatal.....</b>	<b>27</b>
<b>2.2 A importância do controle.....</b>	<b>32</b>
<b>2.3 Atos vinculados e atos discricionários.....</b>	<b>34</b>
<b>2.4 O controle da omissão nos atos administrativos.....</b>	<b>35</b>
2.4.1 O controle realizado pelo Ministério Público pela via judicial.....	38
2.4.2 Breve abordagem do controle ministerial pela via extrajudicial.....	42
<b>2.5 Os princípios da prevenção e da precaução.....</b>	<b>44</b>
<b>3 ESTUDO DE CASO: OMISSÃO DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS FRENTE ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL.....</b>	<b>47</b>
<b>3.1 O Recurso Extraordinário 482611.....</b>	<b>47</b>
3.1.1 O Programa Sentinela.....	48
3.1.2 As alegações do município.....	49
<b>3.2 O entendimento do Ministro Relator.....</b>	<b>50</b>
3.2.1 Implementação de políticas públicas, excepcionalmente, pelo Judiciário.....	51
3.2.2 A reserva do possível.....	52
3.2.3 As normas programáticas.....	55
3.2.4 A separação dos poderes.....	56
<b>3.3 Discricionariedade e a boa administração pública.....</b>	<b>57</b>



<b>3.4 Um novo perfil de Ministério Público: de órgão interveniente para órgão agente co-</b>	
<b>determinador da Constituição.....</b>	<b>58</b>
<b>3.5 Informações obtidas do Ministério Público do Estado de Santa Catarina – 10ª.</b>	
<b>Promotoria da Infância e Juventude.....</b>	<b>62</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>67</b>
<b>JULGAMENTOS.....</b>	<b>72</b>
<b>ANEXO I (DECISÃO RE 482611).....</b>	<b>73</b>

## INTRODUÇÃO

O trabalho abordará, inicialmente, as perspectivas históricas do *parquet*. Ao longo de sua evolução, o Ministério Público mostrou ser uma instituição constantemente presente na defesa dos interesses da sociedade. Desde suas remotas origens - em que o procurador era funcionário real do Egito e tinha a função de, por exemplo, castigar os rebeldes, proteger os cidadãos pacíficos e acolher os pedidos dos homens justos - até hodiernamente, por meio da defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Sagrou-se, em diversos países, como verdadeiro ouvidor do povo, o *ombudsman*. Nesse contexto, no Brasil sua evolução deu-se por meio das Constituições, tendo seu grande marco com a consagração de diversas atribuições na Carta de 1988. O trabalho aborda também o significado da Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.345/85, a qual foi um relevante impulso para a história ministerial, bem como outros instrumentos que possibilitaram maior abrangência para otimizar a defesa em juízo das causas coletivas.

O segundo capítulo foca-se nos conceitos que abrangem a omissão estatal e sua possibilidade de controle. Qual seria a atribuição do Ministério Público frente ao desrespeito à proteção e execução de programas que garantam a defesa de direitos fundamentais? Esta parte incita questionamentos e busca fundamentos acerca da vocação ministerial de controlador externo da omissão do Poder Público, abordando os seguintes aspectos: características da responsabilidade civil estatal; possibilidade de o Estado poder ser responsabilizado objetivamente por suas omissões; grau de discricionariedade da Administração nos seus atos; a importância do controle dos atos vinculados e discricionários e como se concretiza a função de controlador do Ministério Público frente à inércia inconstitucional.

Por derradeiro, o estudo aborda os desafios postos ao tema do controle ministerial. Diversos argumentos podem representar obstáculos ao controle da omissão e à efetiva atuação do Poder Público, como, por exemplo, o de que o Judiciário não poderia implementar políticas públicas; a possibilidade de alegação da reserva do possível pela Administração; a falta de previsão orçamentária e a discricionariedade administrativa. O caso do Recurso Extraordinário 482611, por meio do preciso entendimento do Ministro Celso de Mello, vem

elucidar que se deve sacrificar o mínimo para preservar o máximo quando se trata de garantia dos direitos fundamentais e controle da omissão estatal.

O Programa Sentinela, visando à proteção de crianças e adolescentes vitimados por abuso e exploração sexual, abrangendo também suas famílias, mostra-se como projeto prioritário a ser executado pelo município. Não há escusas, na análise do caso em concreto, para afastar-se da prevenção do agravamento da situação. Ademais, além da promoção pela interrupção do ciclo de violência e pela responsabilização dos agressores, não se pode olvidar da sensibilidade na busca pela Justiça. Cada criança e cada adolescente tem um futuro a construir, tem o direito de ser feliz da forma mais digna, superando os traumas e a violência vivida. E, tratando-se de dignidade, o Estado não pode tardar. Felizmente, o Ministério Público não tardou.

# 1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

## 1.1 ORIGENS REMOTAS

Há controvérsia acerca das origens do Ministério Público, ao voltar o olhar para sua evolução histórica. Uma das mais antigas aproximações remonta cerca de quatro mil anos, apresentando a figura do *magiaí*<sup>1</sup>, funcionário real do Egito. A própria origem etimológica da palavra “ministério” advém do vocábulo latino *manus* e dos derivados *minister* e administrar, conectando-se ao sentido de agente do rei: “*les gens du roi*”, ou seja, as pessoas que seriam as “mãos do rei”<sup>2</sup>, com o sentido de servidor.

Uma parcela de estudiosos busca na Antiguidade Clássica os primeiros vestígios da Instituição por meio dos exemplos dos *éforos*<sup>3</sup> de Esparta, dos *thesmotetis* gregos<sup>4</sup>, e também dos *advocatus fisci*, dos *defensor civitatis*, dos *irenarcha*, dos *curiosi*, *stationarii* e *frumentarii*, dos *procuradores caesaris*<sup>5</sup>. Também se remonta sua origem na Idade Média, por meio das figuras dos *bailios* e *senescais*, encarregados de defender os senhores feudais em juízo, e por meio do *vindex religionis*, típico do direito canônico.

O mais comum é invocar-se a origem do Ministério Público nos procuradores do rei do velho direito francês (a Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV) foi o primeiro texto legislativo a tratar objetivamente dos procuradores do rei da França.<sup>6</sup>

Sobre a percepção atual do Ministério Público, comenta Joaquim Cabral Netto, “é uma instituição de origem eminentemente francesa”<sup>7</sup>, estruturado pela Revolução Francesa. O governo colocara o *parquet* como fiscalizador do novo poder judicial que instituíra, dado as desconfianças do Poder Judiciário. “A dependência do Ministério Público ao Poder Executivo

<sup>1</sup> O *magiaí* seria a língua e os olhos do rei, conforme textos encontrados em escavações no Egito. O funcionário real possuía diversas atribuições, entre elas: castigar rebeldes, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos do homem justo e perseguir o mentiroso, esposar a viúva e ser pai do órfão e reprimir os homens violentos. Essencial função tinha também ao fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso conflituoso, tomando parte da instrução a fim de buscar a verdade - o que se poderia considerar o cerne para o nascimento da semente ministerial. Cf. VELLANI M., 1965; REZENDE FILHO G., 1957; LYRA R., 1937 *apud* MAZZILLI Hugo Nigro, **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo:Saraiva, 1989, p.2.

<sup>2</sup> Para manutenção da metáfora, atualmente poder-se-ia dizer “a mão da lei”.

<sup>3</sup> Os éforos de Esparta eram cinco magistrados anualmente eleitos que formavam um colégio tribunício para controlar a autoridade dos reis e dos gerontes; os tesmotetas atenienses, seis magistrados, também reunidos num colegiado, que instruíam processos posteriormente julgados pelos tribunais, velando pela correta aplicação das leis e controlando a prestação de contas dos estrategos.

<sup>4</sup>TOURINHO FILHO,1982; VELLANI M., 1965; SILVA O.P., 1981; PIERANGELLI J.H., 1983 *apud* MAZZILLI ,**O Ministério...**, 1989, p. 2.

<sup>5</sup> RASSAT, Michèle-Laure,1967 *apud* idem, *ibidem*, loc.cit.

<sup>6</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.36.

<sup>7</sup> NETTO, Joaquim Cabral. **O Ministério Público na Europa Latina**. Belo Horizonte, 1974, p.17.

tornou-se norma constitucional, servindo o sistema francês de modelo para os países que dele copiaram a instituição.”<sup>8</sup>

Criou-se uma dualidade de investidura nas funções do *parquet*: o acusador público e o comissário do rei. Após o fim da Revolução o Ministério Público foi reconstituído, incorporando-se à instituição os novos princípios revolucionários franceses e a experiência do Antigo Regime. Michèle-Laure Rassat<sup>9</sup>, citado por Hugo Nigro Mazzilli, lembra que um decreto de 1790 teria concedido vitaliciedade aos agentes ministeriais e, outro do mesmo ano, dividido as funções em comissário do rei, o qual velava pela aplicação da lei, e acusador público, o qual era eleito pelo povo para sustentar a acusação diante dos tribunais. Contudo, foram os textos napoleônicos marcantes para a constituição do Ministério Público que a França conhece e o qual serve de exemplo a diversos Estados.<sup>10</sup> Ronaldo Porto Macedo Júnior comenta a influência francesa para o surgimento do *parquet*:

O Ministério Público, portanto, surge historicamente com o advento da separação dos poderes do Estado Moderno. Por tal motivo, sua proximidade mais direta é com os “*advocats e procureurs du roi*” criados no século XIV na França. Os advogados do rei (“*avocats du roi*”) foram criados no século XIV e tinham atribuições exclusivamente cíveis. Os procuradores do rei surgem com a organização das primeiras monarquias e, ao lado de suas funções de defesa do fisco, tinham função de natureza criminal. O Ministério Público francês nasceu da fusão dessas duas instituições, unidas pela ideia básica de defender os interesses do soberano que representava os interesses do próprio Estado. Posteriormente, na França, a instituição do Ministério Público veio a ser definida de maneira mais clara com os Códigos Napoleônicos, em especial, o Código de Instrução Criminal e Lei de 20 de abril de 1810 que lhe conferiu o importante papel de promotor da ação penal.<sup>11</sup>

Somente com o término do período da Idade Média iniciou-se a separação dos poderes do Estado. Nesse contexto, fundamental papel teve o Ministério Público no Estado Moderno, surgindo “como uma reação contra a excessiva concentração de poderes no monarca”, como observa Macedo Júnior<sup>12</sup>. A instituição surgiu orientada por alguns princípios<sup>13</sup>, como: a superação da vingança privada; a entrega da ação penal a um órgão público tendente à

<sup>8</sup> NETTO. **O Ministério...**, 1974, p.18.

<sup>9</sup> RASSAT, Michèle-Laure, 1967 *apud* MAZZILLI, **O Ministério...**, 1989, p.4.

<sup>10</sup> Grandemente simbólica é a influência francesa para a história institucional que, hodiernamente, ainda se usa a expressão *parquet* (assoalho), da tradição francesa. Os reis concediam prestígio a seus procuradores, dando aos mesmos independência em relação aos juízes. O membro do Ministério Público não se dirigia aos mesmos no chão, mas de cima do mesmo estrado em que eram colocadas as cadeiras dos magistrados. Todavia, antes de adquirirem a condição igual a de juízes e terem assento ao seu lado no estrado, tiveram o assento sobre o assoalho da sala de audiências.

<sup>11</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro” In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (coord). **Ministério Público: instituição e processo**. São Paulo: Atlas, 1999, p.38.

<sup>12</sup> MACEDO JÚNIOR. “**Evolução...**”, 1999, p.38.

<sup>13</sup> *Ibidem*, loc. cit.

imparcialidade; a distinção entre juiz e acusador; a tutela dos interesses da coletividade e não somente daquele do fisco do soberano e execução rápida e certa das sentenças dos juízes.

## 1.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL

As raízes do Ministério Público brasileiro advêm do Direito lusitano vigente nos períodos colonial, imperial e início da República, afirma Ronaldo Porto Macedo Júnior. As Ordenações Afonsinas<sup>14</sup> de 1447 propiciaram o posterior desenvolvimento de seus traços, como nas Ordenações Manuelinas. “As Ordenações Manuelinas de 1521 já mencionavam o promotor de justiça e suas obrigações perante as Casas de Suplicação e nos juízos das terras. Nelas estavam presentes as influências do direito francês e canônico”<sup>15</sup>, comenta o referido autor. Para ilustração, posteriormente nas Ordenações Filipinas de 1603 havia títulos que cuidavam do Procurador dos Feitos da Coroa (Título XII), do Procurador dos Feitos da Fazenda (Título XIII), do Promotor de Justiça da Casa da Suplicação (Título XV), do Promotor de Justiça da Casa do Porto (Título XLIII), todos do Livro I, conforme citados na obra de Hugo Nigro Mazzilli.<sup>16</sup>

Em 7 de março de 1609, criou-se a Relação da Bahia, junto à qual o procurador da Coroa e da Fazenda tinha função de promotor de justiça. No Brasil-Colônia e no Brasil-Império, o procurador-geral ainda centralizava o ofício, não se podendo falar propriamente de uma instituição, muito menos em qualquer garantia ou independência dos promotores públicos, meros agentes do Poder Executivo.<sup>17</sup>

Até 1609 só funcionava no país a justiça de primeira instância, sendo os recursos interpostos para a Relação de Lisboa. O promotor de justiça atuava como um fiscal da lei e de sua execução. Os processos criminais eram iniciados pela parte ofendida ou *ex officio*, pelo próprio juiz. Com a criação da Relação da Bahia, foi definida pela primeira vez a figura do promotor de justiça, que integrava o tribunal composto por 10 desembargadores. Porém, foi por meio da evolução histórico-constitucional que se foi definindo e firmando efetivamente o Ministério Público no Brasil.

---

<sup>14</sup> Constava do Título VIII das Ordenações Afonsinas: “Do procurador dos nossos feitos”.

<sup>15</sup> MACEDO JÚNIOR, “Evolução...”, 1999, p.39.

<sup>16</sup> MAZZILLI, O Ministério..., 1989, pgs.5-6.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 7.

### 1.2.1 BREVE ABORDAGEM DA EVOLUÇÃO MINISTERIAL PELAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

“A História preenche função para a sociedade quando empresta sentido coletivo ao passado das pessoas e das instituições e, a partir daí, suscita a construção de identidades”<sup>18</sup>, reflete Gunter Axt. O Ministério Público foi surgindo progressivamente, acompanhando indissociavelmente os acontecimentos históricos e formando sua identidade por meio deles. A abordagem da evolução ministerial pelas Constituições explicita esta ideia.

Pela Constituição de 1824<sup>19</sup>, ficou determinado ao procurador da Coroa e Soberania Nacional a acusação no juízo de crimes, excetuando-se as hipóteses de iniciativa acusatória da Câmara dos Deputados. O Código de Processo Criminal do Império, de 1832, continha uma seção reservada aos promotores, com os primeiros requisitos para sua nomeação e o rol das principais atribuições. Em 1841, a qualidade de “bacharel idôneo” passou a ser requisito da nomeação dos promotores públicos, curiosamente. A primeira Constituição Republicana, de 1891, ainda não aludira ao Ministério Público enquanto instituição: havia apenas referência à escolha do procurador-geral da República pelo presidente da República – dentre ministros do Supremo Tribunal Federal - e à sua iniciativa na revisão criminal *pro reo*. Devido aos esforços de Campos Salles, ministro da Justiça no Governo Provisório, o Ministério Público pôde ser tratado como instituição no Decreto n.848 de 1890, que organizara a justiça federal, comenta Hugo Nigro Mazzilli.<sup>20</sup>

O mesmo autor também aponta que a Carta de 1934 foi a primeira a institucionalizar o Ministério Público, no seu Capítulo VI: “Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”. Previu-se que a lei federal organizaria o Ministério Público na União, no Distrito Federal e nos Territórios, e que as leis locais organizariam o Ministério Público nos Estados<sup>21</sup>.

A Constituição de 1937, a qual instaurou o Estado Novo e a ditadura de Vargas, foi um recuo para a democracia e as conquistadas vitórias ministeriais:

Por sua vez, a Carta outorgada na ditadura de Vargas, aos 10 de novembro de 1937, impôs severo retrocesso à instituição ministerial, pois apenas artigos esparsos se referiram à livre escolha e demissão do procurador-geral da República, dentre

<sup>18</sup> AXT, Gunter. **O Ministério Público no Rio Grande do Sul: evolução histórica**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça. Projeto Memória. 2001, p.15.

<sup>19</sup> A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, apresentava um importante dispositivo no Capítulo “Do Senado”: art.48 “No juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o procurador da Coroa e Soberania Nacional.” MAZZILLI, **O Ministério...** 1989, p.15.

<sup>20</sup> MAZZILLI, **O Ministério...** 1989, pgs.7-8.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p.16.

pessoas que reunissem os requisitos exigidos para ministro do Supremo Tribunal Federal; à competência do STF para processar e julgar originariamente o procurador-geral da República, nos crimes comuns e de responsabilidade; à instituição do chamado “quinto constitucional”.<sup>22</sup>

Contudo, o período republicano marcou um concreto desenvolvimento institucional do Ministério Público, com novas áreas de atuação a ele conferidas por meio de legislação ordinária. Por exemplo, no Código de Processo Penal de 1941, o Ministério Público conquistou o poder de requisição de inquérito policial e diligências, passando a ser regra sua titularidade na promoção da ação penal, bem como promover e fiscalizar a execução da lei, observa Mazzilli<sup>23</sup>.

Na Constituição democrática de 1946 voltou-se a valorizar a instituição, concedendo-lhe título próprio. Foi confiada ao Ministério Público a representação da União, como também foram fixadas as regras para ingresso na carreira sob concurso e as garantias de estabilidade e inamovibilidade. Em dispositivos esparsos, foi incumbida ao procurador-geral da República a representação de inconstitucionalidade. Fixou-se a competência do Senado para aprovar a escolha do procurador-geral da República, como também para processá-lo e julgá-lo nos crimes de responsabilidade, tendo o Supremo a competência para julgá-lo em crimes comuns. De igual importância, foi assegurada também a participação do Ministério Público nos tribunais.

O golpe militar de 1964 rompera com o ordenamento jurídico. A nova Constituição, de 1967, colocou a instituição dentro do Capítulo “Do Poder Judiciário”, nos artigos 137 à 139. Durante o período militar, foram mantidas, basicamente, as normas anteriormente vigentes, estendendo-se aos membros do *parquet* a disciplina da aposentadoria e dos vencimentos que vigiam para a Magistratura. Na sequência de outro golpe, uma junta militar sob a forma de “emenda constitucional” n.1, de 17 de outubro de 1969, decretou a Carta de 1969, a qual colocou o Ministério Público no Capítulo “Do Poder Executivo”<sup>24</sup>.

Mazzilli também informa<sup>25</sup> que, nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, o Ministério Público conquistou crescente papel de órgão agente e interveniente.

---

<sup>22</sup> MAZZILLI, O Ministério...1989, p.16.

<sup>23</sup> Ibidem, p.8.

<sup>24</sup> Contextualiza Hugo Nigro Mazzilli que houve crescimento das atribuições do chefe do Ministério Público da União, porque nomeado e demitido livremente pelo presidente da República. Normas esparsas previam a ação direta interventiva de iniciativa do procurador-geral da República, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual e para prover execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária. Também, a representação do procurador-geral local para intervenção nos Estados e a iniciativa do procurador-geral da República para requerer ao Supremo Tribunal Federal declaração de inconstitucionalidade e para requerer a suspensão de direitos políticos. MAZZILLI, O Ministério... 1989,p.18.

<sup>25</sup> Ibidem, pgs. 8 e 18.



Posteriormente, houve duas Emendas Constitucionais, a de n.7 de 1977 e a de n.11, de 1978. A primeira passou a admitir a existência de uma lei complementar, de iniciativa do presidente da República, que viria a estabelecer normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Ao procurador-geral da República também foram concedidos outros poderes, como: a representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual e para avocação de causas pelo Conselho Nacional da Magistratura, junto ao qual deveria officiar, e o pedido de cautelar nas representações por ele oferecidas. Na segunda Emenda citada, a inovação consistiu em que o procurador-geral da República pudesse requerer, em casos de crimes contra a segurança nacional, a suspensão do exercício do mandato parlamentar. A Lei Complementar n.40 de 1981 definiu seu estatuto, com suas principais garantias, atribuições e vedações.

A Carta de Curitiba, aprovada em junho de 1986 pelos presidentes de Associações Estaduais do Ministério Público e pelos procuradores-gerais de Justiça dos Estados, solidificou os princípios gerais da instituição de forma harmônica. Ela conteve o primeiro texto nacional de consenso sobre o Ministério Público nacional, servindo de base para as reivindicações institucionais na Constituinte. Assegurou as autonomias e garantias da instituição e de seus membros, conferindo-lhe as principais atribuições, entre as quais a privatividade da promoção da ação penal pública; garantiu pela primeira vez e de forma expressa, “a inamovibilidade no cargo e nas respectivas funções”, por exemplo.

Principalmente com o advento da abertura democrática, as maiores e mais importantes instituições civis deveriam cumprir o verdadeiro papel de defesa dos interesses da coletividade – interesses esses que não se confundem com os dos governantes ou do governo. Assim, tais instituições devem ser dotadas de instrumentos que lhe assegurem a plena autonomia e independência para a defesa da coletividade. Através desta análise inicial que perpassa constituições percebe-se o progresso institucional brasileiro, que detém instrumentos jurídicos poderosos e valiosos de ação. Essa evolução, segundo Luís Roberto Gomes, “tem encontrado resistência político-governamental, preocupada em reduzir e cercear a atuação do Ministério Público, haja vista a participação cada vez maior da instituição na condução e moralização também dos negócios estatais.”<sup>26</sup>

Em 1985, houve um relevante impulso para a história ministerial: a Lei 7.347, a Lei da Ação Civil Pública. De acordo com Alexandre Amaral Gavronski, “o direito caminha irreversivelmente para uma perspectiva coletiva e não poderia ser diferente em uma sociedade

---

<sup>26</sup> GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.12.

que cada vez mais se massifica.”<sup>27</sup> Essa lei foi, sem dúvida, o maior marco da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, antecipando-se aos avanços que depois se concretizariam na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor. A ação civil pública surgiu primordialmente para viabilizar a defesa daqueles direitos que não possuíam um titular específico e identificável, ou eram de difícil judicialização individual.

Por meio das modificações apresentadas pelo Código de Defesa do Consumidor, a ação civil pública teve ampliado seu espectro de abrangência para proteger quaisquer interesses difusos e coletivos e também interesses individuais homogêneos naquilo que possuem em comum, de modo a otimizar a defesa em juízo para as causas coletivas. A finalidade maior dessa ação é garantir o acesso à justiça de todos os direitos ou interesses coletivos *lato sensu*. Assim, o legislador revolucionou o processo civil em diversos aspectos, e elegeu um rol de legitimados<sup>28</sup> da estrutura estatal e da sociedade civil que têm a missão de representar adequadamente a sociedade ou os titulares desses interesses.

Hugo Nigro Mazzilli preceitua que a Constituição de 1988 contribuiu para aproximar o *parquet* de sua destinação social, consequência de sua consagração como legitimado para a defesa dos interesses da coletividade:

O Ministério Público, assim como o Judiciário, não pode mesmo, jamais, ser servil a governo ou governante algum. Necessita de estrutura segura, contornos e princípios definidos, assim como seus membros precisam de predicamentos elevados, na mesma proporção da sua verdadeira função: a defesa dos interesses indisponíveis da coletividade. A Constituição de 1988, com certeza, embora à evidência sem ter resolvido todos os problemas institucionais, em muito contribuiu para aproximar o Ministério Público de sua destinação social.<sup>29</sup>

O terreno parecia fértil para o advento da Constituinte de 1988. As constituições passaram a romper com o postulado positivista da pureza da ordem jurídica e a promover o reencontro do Direito com a moral, exatamente por intermédio da positivação dos direitos humanos nos sistemas de direitos fundamentais<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. “Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade.” In: Édis Milaré. (Org.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. , p. 17-32.

<sup>28</sup> Art. 5º., *caput*, da Lei 7.347/85: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

<sup>29</sup> MAZZILLI, **O Ministério...**, 1989, p.15.

<sup>30</sup> SILVA, Cláudio Barros. “Abusos e omissões do Ministério Público e de seus membros.” In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves.(org). **Ministério Público – Reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010, pgs.213-240.

## 1.2.2 A AFIRMAÇÃO INSTITUCIONAL NA CONSTITUINTE DE 1988<sup>31</sup>

A década de 80 representou um marco para que, ao lado da abertura democrática, fossem consolidados os valores de uma instituição essencial ao Estado, à democracia e à cidadania. Sua expressão deu-se com a Lei da Ação Civil Pública e com o início do processo constituinte. Antes da abertura democrática havia uma cidadania hipossuficiente e inerte, com repleta carência estatal.

Na sessão de 12 de abril de 1988, a Assembléia Nacional Constituinte aprovou, em primeiro turno, o texto de fusão de diversas emendas, que embasou os atuais dispositivos em vigor para o Ministério Público. O constituinte de 1988 acreditou de modo muito especial na instituição<sup>32</sup>, conferindo-lhe elevado status constitucional, extraordinárias garantias e atribuições, quase o erigindo a um quarto poder, desvinculando-o dos Capítulos do Poder Legislativo, do Executivo e do Judiciário e sepultando na obsolescência o antigo papel de defesa dos interesses do Estado<sup>33</sup>. O artigo 127 da Carta Maior assegura ser o Ministério Público instituição permanente<sup>34</sup>, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Houve importantes conquistas na área cível e na área criminal.<sup>35</sup>

Foi a primeira vez entre nós que um texto constitucional disciplinou de forma orgânica o Ministério Público, com as principais regras atinentes às suas autonomias, funções, garantias e vedações. Na área criminal, recebeu o Ministério Público a tarefa privativa de promover a ação penal pública. Sem prejuízo de permitir-lhe instaurar investigações administrativas, a Constituição conferiu-lhe ainda controle externo sobre a atividade policial; permitiu-lhe requisitar diligências

<sup>31</sup> Até a Constituição de 1988, o Ministério Público defendia mais o Estado enquanto Poder, realizando a sua defesa e representação judicial.

<sup>32</sup> O novo texto constitucional é resultado de significativo crescimento institucional, tendo como contribuição a antiga Lei Complementar federal n.40, de 14 de dezembro de 1981, que constituía a anterior Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, título que hoje ostenta a Lei 8.625/93. Devido às muitas diferenças entre os Ministérios Públicos dos estados, em 1977 já se tinha a reconhecida necessidade de uma lei nacional que fixasse suas normas gerais de organização. Todavia, era essencial a criação de um perfil nacional uniforme, juntamente com a conveniência de cada Estado poder organizar seu Ministério Público, atento às peculiaridades regionais. Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. São Paulo: Saraiva, 1993.

<sup>33</sup> O *Parquet* não está subordinado a qualquer Poder do Estado, mas exerce funções de fiscalização sobre os próprios Poderes do Estado. É órgão constitucional de soberania e é coessencial à caracterização da forma de Estado. Assim como os Poderes, não é totalmente independente e possui relações intercorrentes com outros Órgãos ou Poderes. Cf. SILVA, **Abusos e ...** 2010, p.214.

<sup>34</sup> A Constituição diz ser o Ministério Público instituição permanente, não deixando de ser órgão do Estado; em razão da relação de organicidade, em sua atuação, responsabiliza diretamente o Estado. Não poderá ser abolido pelo poder constituinte derivado, sendo um dos órgãos pelos quais o Estado manifesta a sua soberania.

<sup>35</sup> Agindo como parte os membros têm os deveres gerais que informam a administração pública, prevalecendo sobre os seus atos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da eficiência, da lealdade, da razoabilidade, da imparcialidade. São magistrados *pro populo*.

investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial; impôs-lhe o dever de indicar os fundamentos jurídicos das manifestações processuais. Na esfera cível, além da tradicional promoção da ação de inconstitucionalidade e da ação interventiva, a Constituição conferiu ao Ministério Público, sem exclusividade, a defesa em juízo das populações indígenas, bem como a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.<sup>36</sup>

O Ministério Público atua sob diferentes facetas: ora como fiscal da lei, ora em conjunto com o Judiciário<sup>37</sup>, ora por meio de tarefas administrativas. Contudo, as funções institucionais do Ministério Público possuem natureza administrativa: opinar como fiscal da lei (*custos legis*<sup>38</sup>) e a promoção da ação pública não consistem em atividades jurisdicionais nem legislativas<sup>39</sup>. Pela natureza de suas funções, o *parquet* exerce atividade administrativa até pelo critério residual, pois promover a execução das leis não é atividade legislativa nem jurisdicional. Caracteriza-se, assim, por uma posição constitucional distinta, e o que garante o bom desempenho de suas funções são os instrumentos, garantias e impedimentos conferidos à instituição e a seus membros, com liberdade e independência<sup>40</sup>.

### 1.3 A DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO

Diferentemente do sentido percebido de suas origens, hodiernamente quando se fala em Ministério Público projeta-se, facilmente, o seu laço com o interesse público, haja vista sua evolução a favor dos interesses sociais, primordialmente. Acertadas as palavras de Cláudio Barros Silva:

Devemos no direito público, ter, diante dos nossos olhos, as regras impessoais da Constituição e das leis. Os interesses defendidos são, sempre, coletivos, nunca

<sup>36</sup> MAZZILLI, **Introdução ao...**, 2008, p.63.

<sup>37</sup> “O que especialmente nos distingue é a nossa natureza essencialmente ativa junto ao Poder Judiciário. Ao contrário do juiz, o integrante do Ministério Público não pode, jamais, diante de violações aos direitos do povo definidos na Constituição e nas leis, permanecer em posição neutra ou inerte, sem iniciativa própria. Assim, o juiz deixa de ser magistrado sempre que seu caráter transmitir a parcialidade pessoal ou sempre que houver indevida iniciativa nos conflitos de interesses. Já o Ministério Público estará violando o seu ministério, que é público, toda a vez que prefere o silêncio e a inércia à ação enérgica e oportuna em defesa do povo.” SILVA, Cláudio Barros. (prefácio) In: AXT. **O Ministério...** 2001, p.11.

<sup>38</sup> A Constituição reservou à tradicional função de *custos legis* restritas funções. Porém, definiu larga e especial direção à efetivação dos interesses da sociedade.

<sup>39</sup> Atuar junto ao Judiciário não significa prestar jurisdição e fiscalizar ou promover a observância das leis não se confunde com a atividade de sua elaboração.

<sup>40</sup> Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli: “(...) a independência do Ministério Público não decorrerá basicamente de colocá-lo neste ou naquele título ou capítulo da Constituição, nem de denominá-lo Poder de Estado; antes dependerá das garantias e instrumentos de atuação conferidos à instituição e a seus membros, e, naturalmente, dos homens que a integrem. Sob o aspecto pragmático, é adequado inseri-lo em título, capítulo ou seção própria, entre os órgãos de fiscalização e controle das atividades governamentais. Atendendo a isso, a Constituição de 1988 colocou-o em Seção própria do Capítulo IV – ‘Das funções essenciais à Justiça’, do Título IV – ‘Da organização dos Poderes’.” MAZZILLI. **Introdução ao...** 2008, p.65.

individuais, pois, na esfera pública, a iniciativa de defesa dos interesses coletivos constitui um poder-dever, não uma faculdade, como no direito privado<sup>41</sup>.

Normalmente há a ideia de que interesse público significa o interesse de que é titular o Estado, em contraposição ao interesse privado, cujo titular é o indivíduo. Todavia, resta essencial diferenciar entre o interesse público primário<sup>42</sup> - que seria o bem comum geral -, e o secundário - interesses específicos da administração. O *parquet* deve zelar somente pelo primeiro, conforme Mazzilli<sup>43</sup>. Porém, até o interesse individual, quando indisponível, será caracterizado como interesse público, cabendo, portanto, sua proteção e defesa ao Ministério Público. Assim, a proteção das principais formas de interesse público somente se concretiza quando há indisponibilidade total ou parcial do interesse e convenha à coletividade - como um todo - a defesa de qualquer interesse, disponível ou não.

Outrossim, há que destacar sua importância à função jurisdicional do Estado, apesar de não officiar em todos os feitos judiciais. Além dessa função, o Ministério Público possui muitas outras independentemente da atuação na esfera judicial, por meio de fiscalizações, homologação de acordos extrajudiciais, do trabalho no inquérito civil, por exemplo. Se há alguma indisponibilidade parcial<sup>44</sup> ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de algum interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário.

A defesa da ordem jurídica dá-se por meio de sua consagração como fiscal da lei, com sua atividade sempre voltada aos fundamentos constitucionais. Assim, o artigo 129<sup>45</sup>, IX, da Carta Magna explicitamente veda-lhe exercer outras funções que não sejam compatíveis com sua finalidade, como a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Em que pese a consagração do *parquet* como fiscal da lei, Marino Pazzaglini Filho fala da importância da atuação pré-processual (esta com a tendência de crescer cada vez mais em busca da efetividade sem necessidade de recorrer ao Judiciário, via mais morosa) e a função ministerial de levar ao Judiciário uma interpretação mais ampla e social do que formal:

---

<sup>41</sup> SILVA, (prefácio) **O Ministério...**, 2001, p.11.

<sup>42</sup> Conforme a doutrina, Renato Alessi, um jurista italiano, teria sido o primeiro a sustentar a existência de um “interesse público primário” e de um “interesse público secundário.” ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**, Milão:Giuffrè, 1960.

<sup>43</sup> MAZZILLI, **Introdução ao...**, 2008, p.66.

<sup>44</sup> Nos casos de indisponibilidade relativa, zela para que a disposição do interesse seja feita em conformidade com as exigências da lei; ou zela pela prevalência do bem comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo na solução da controvérsia. Cf. MAZZILLI, *op.cit.*, p.69.

<sup>45</sup> Cf. art. 129 da Constituição Federal de 1988: “São funções institucionais do Ministério Público: IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

A atuação pré-processual é uma área em que nós podemos talvez contribuir para a concretização dos direitos embutidos na Constituição, sem a necessidade da prestação jurisdicional, de uma maneira mais rápida, como hoje já se faz em muitas comarcas do Estado de São Paulo. Os direitos fundamentais coletivos e sociais devem ser objeto de reflexão permanente do Ministério Público, tais como os direitos à educação, à saúde, à segurança, ao transporte coletivo, ao acesso à moradia, à assistência social, à cultura, ao meio ambiente sadio. Não podem ser descurados também os direitos transindividuais, a legalidade da administração, a atuação democrática, sem discriminação do poder público, a probidade, a moralidade da administração. Como os valores éticos e políticos são cambiantes, o Ministério Público deve estar atento a tais mutações, deve agir em sintonia com a sociedade que representa, sempre sensível aos seus novos anseios e valores, e deve ser um agente implementador dessas mudanças, conferindo maior rendimento e dimensão social às categorias jurídicas, enriquecendo e atualizando o universo programático das normas constitucionais, para que estas influenciem o cotidiano real. O Ministério Público deve ser agente desta renovação, (...) concretizando esses direitos e fiscalizando a observância da lei à luz desses parâmetros, sempre com o compromisso ético de buscar a realização da justiça material, e não meramente formal. O *parquet* deve levar ao Judiciário uma interpretação mais ampla e social do que formal.<sup>46</sup>

O Ministério Público tem como função “presentar o Estado”, preceitua Cláudio Barros Silva<sup>47</sup>. A defesa do interesse público compreende o interesse no Estado enquanto povo. A instituição deve atuar lado a lado da sociedade, como parceira<sup>48</sup> permanente em seus movimentos e auxílio a conflitos sociais atuando, diversas vezes, fora do processo como articulador social, intermediando e pacificando os problemas. Eis que a sua notória atuação extrajudicial a torna instrumento do alcance de resultados sociais que – talvez – jamais fossem solvidos na esfera estrita do direito processual tradicional.

#### 1.4 A DEFESA DA ORDEM DEMOCRÁTICA

Percebe-se a íntima sintonia entre a democracia e um Ministério Público forte e independente, visto que “o cumprimento da lei sob ordem democrática é condição para a liberdade das pessoas”<sup>49</sup>, conforme palavras de Eurico Andrade de Azevedo, contextualizadas pertinentemente nas ideias de Hugo Nigro Mazzilli:

Há estreita ligação entre democracia e um Ministério Público forte e independente. Um Ministério Público forte mas submisso só pode convergir a governos totalitários. O Ministério Público só atinge sua destinação última em meio democrático, pois o cumprimento da lei, sob ordem democrática, é condição para a liberdade das pessoas. A LOMPU (Lei Orgânica do Ministério Público da União) bem desenvolveu a vontade constitucional, ao devotar à instituição à promoção das medidas necessárias para garantir o respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de

<sup>46</sup> Palestra de Marino Pazzagliani Filho, realizada em 31 de outubro de 1996 In: SADEK, Maria Tereza (org.). **O Ministério Público e a Justiça no Brasil**. São Paulo: Sumaré: Idesp, 1997, p.21.

<sup>47</sup> SILVA, **Abusos e ...** 2010, pgs.214-216.

<sup>48</sup> O Ministério Público não deve ser mais visto como condutor ou tutor de interesses. A ideia de parceria é também trazida por Cláudio Barros Silva.

<sup>49</sup> ANDRADE DE AZEVEDO, Eurico.- *Justitia*, 139:144 *apud* MAZZILLI, **Introdução ...**, 2008, p.68.

relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição; ao impor-lhe o controle externo da atividade policial tendo em vista os valores democráticos; ao conferir-lhe funções institucionais ligadas à soberania e representatividade popular e à defesa dos direitos políticos; ao atribuir-lhe a iniciativa de ações em defesa de direitos constitucionais, a propositura do mandado de injunção, a promoção de responsabilidade de autoridades e a defesa do estado de Direito e das instituições democráticas.<sup>50</sup>

O art. 127 da Carta Maior explicita a defesa do regime democrático pelo Ministério Público<sup>51</sup>. Para Cláudio Barros Silva, “o caminho passa necessariamente por planejamento (...) Os membros do Ministério Público devem privilegiar a sua relação com a sociedade e ter consciência da sua importância na realidade democrática brasileira”, pois eles “são agentes políticos que, por disposição constitucional, lhes são impostas atribuições e funções que não são destinadas a mais ninguém.”<sup>52</sup>

Luís Roberto Gomes contribui acerca da missão institucional e sobre sua concreta realização:

Mas de pouco adiantaria um governo do povo e pelo povo, em que garantidos teoricamente os direitos de participação e as liberdades básicas, se não houver um direcionamento realmente para o povo, em substância para o povo, buscando conferir real e igualitário acesso de todos à educação, à saúde, ao trabalho, à assistência social, à justiça, ao lazer, ao equilíbrio ecológico etc. Com efeito, de nada interessará àquele que passa fome, àquele que não tem moradia, àquele que perambula por hospitais por um tratamento de saúde, saber que é um dos que detêm o poder político soberano estatal, que é o mandante dos poderes estatais e que pode participar direta ou indiretamente da condução do poder, se não houver a concretização de direitos mínimos necessários a uma existência digna. (...) Diante disso, só resta concluir que, se o Ministério Público tem por missão institucional a defesa do regime democrático, cabe-lhe, além de fiscalizar que o governo seja legitimamente do povo e pelo povo, lutar para a efetivação do princípio da igualdade, o núcleo essencial da democracia e a verdadeira razão de sua existência, a fim de que o governo também seja verdadeiramente para o povo.<sup>53</sup>

Um governo do povo deve ter o direcionamento para o povo. O Ministério Público tem por função institucional a defesa do regime democrático, e tal proteção concretiza-se na fiscalização para que o governo atue de acordo com as referidas características e preze pela igualdade.

Preceitua Cláudio Barros Silva que a Carta Maior não pode ser simples repositório de proclamações retóricas, mas deve ser documento fundamental de segurança jurídica e instrumento básico de defesa das liberdades civis e de proteção da democracia:

<sup>50</sup> ANDRADE DE AZEVEDO, Eurico.- *Justitia*, 139:144 *apud* MAZZILLI, **Introdução ...**, 2008, p.68.

<sup>51</sup> Cf. art. 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

<sup>52</sup> SILVA, **Abusos e....** 2010, pgs.238-239.

<sup>53</sup> GOMES, **O Ministério...** 2003, pgs.23-25.

No atual contexto político, histórico e social, o Ministério Público revela-se fator que aumenta, de maneira particularmente significativa, o irrenunciável encargo, que incumbe aos seus membros, de velar, com intransigência, pela preservação da integridade da ordem normativa que emerge do texto da Constituição. O grande desafio que, hoje, se apresenta ao Ministério Público – tanto quanto ao Poder Judiciário – consiste em preservar a supremacia da ordem constitucional e, também, em viabilizar a execução e a concretização da Constituição da República, para que esta, deixando de qualificar-se como simples repositório de proclamações retóricas, converta-se em peça essencial de estabilidade institucional, em documento fundamental de segurança jurídica e em instrumento básico de defesa das liberdades civis e de proteção das franquias democráticas.<sup>54</sup>

Um verdadeiro desafio ao Ministério Público é o de velar pela supremacia da ordem constitucional. O cerne do tema do presente trabalho é justamente o combate à omissão inconstitucional frente à garantia dos direitos fundamentais constitucionais. Para a concretização de afastamento da inércia estatal, há que executar os preceitos da Carta Maior. O Ministério Público tem o apoio de sua estrutura para fazer valer os referidos preceitos.

Há princípios institucionais, por meio dos quais se vale o *parquet*, que facilitam a concretização do trabalho direcionado à defesa do povo, quais sejam: a independência funcional, pois seus membros gozam de independência no exercício das funções<sup>55</sup> e não devem subordinação intelectual ou ideológica a ninguém, atuando segundo os ditames da lei, do seu entendimento pessoal e da sua consciência; a unidade, que diz respeito à integração que seus membros têm num só órgão sob a direção de um só chefe – uma só vontade como se fossem “um só corpo”, e a indivisibilidade, que trata da reciprocidade na atuação, dado que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros, como previsto na lei, sem que haja alteração subjetiva na relação jurídica processual<sup>56</sup>.

## 1.5 AGENTE CONTROLADOR DA OMISSÃO ESTATAL

“O reconhecimento e o sucesso do Ministério Público não estão na letra fria da Lei ou da Constituição Federal, mas no trabalho sério, responsável e dedicado dos membros da Instituição”<sup>57</sup>, aponta Cláudio Barros Silva, que valoriza os instrumentos extrajudiciais de atuação para a consolidação do *parquet* como parceiro social e agente controlador da omissão:

Saindo do processo formal, privilegiando a atuação extrajudicial, investindo seus mais qualificados recursos na capacitação e qualificação técnica, trabalhando com responsabilidade suas investigações civis e criminais, o Ministério Público estará

<sup>54</sup> SILVA, (prefácio) **O Ministério...** 2001, p.12.

<sup>55</sup> Dessa forma, hierarquia – em sentido administrativo – somente existe em razão da chefia exercida pelo procurador-geral em casos específicos, como nas designações legais, por exemplo.

<sup>56</sup> Seguindo este raciocínio, percebe-se que não há unidade ou indivisibilidade entre membros de Ministérios Públicos diversos, somente havendo dentro de cada Ministério Público, respeitando os limites da lei.

<sup>57</sup> SILVA, **Abusos e....** 2010, p.233.



assumindo esta nova função de parceiro social, dispondo de recursos como a delação premiada, a transação e o ajustamento de conduta, e alcançará, com muito mais efetividade, os resultados desejados pela sociedade.<sup>58</sup>

Defensor do povo, originalmente *Ombudsman*<sup>59</sup>, é a expressão advinda do direito escandinavo. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esse defensor teria a atribuição de receber denúncias de irregularidades ou de agir *ex officio*, oportunizando às autoridades serem ouvidas e defenderem seus atos: “Todos os anos, ele (*Ombudsman*) encaminha minucioso relatório ao Parlamento; é a publicidade dada às suas atividades e a força da opinião pública que dão eficácia ao controle”<sup>60</sup>. Porém, o Ministério Público, diferentemente, recebe denúncias de irregularidades e também as verifica *ex officio* apurando-as e, quando é o caso, ajuíza as ações cabíveis para a defesa dos interesses públicos lesados pelo Estado ou pelo particular.

Luis Roberto Gomes reflete sobre a impossibilidade de indicação de todas as hipóteses prioritárias de ação pelo ordenamento jurídico, sendo o silêncio da norma também um fator viabilizador de controle, diante do espaço deixado para a atividade estatal no que se relaciona às políticas públicas sociais:

Diante da dinâmica social e econômica, absolutamente inviável seria que o ordenamento jurídico indique todas as hipóteses prioritárias de ação do Poder Público, fixando parcelas orçamentárias destináveis a cada uma delas. Isso faria do administrador verdadeiro autômato, retirando-lhe a capacidade de mobilização imprescindível que necessita ter para lidar com o cotidiano dos problemas administrativos da comunidade. Assim, ao contrário, o propositado silêncio da norma é que justamente viabiliza o controle, diante do espaço deixado para a atividade administrativa na condução das políticas públicas sociais.<sup>61</sup>

Omitindo-se o Poder Público de forma antijurídica, sem o seu dever especial de diligência, independentemente se o ato administrativo for vinculado ou discricionário, é possível a interferência do Ministério Público – por meio de seus diversos instrumentos extrajudiciais e judiciais – para sanar a inércia inconstitucional estatal. De acordo com a ideia de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, o papel do *parquet* não abrange somente a atuação para corrigir os atos comissivos da Administração que possam desrespeitar os direitos constitucionais do cidadão, “mas também a correção dos atos omissivos, ou seja, para a

---

<sup>58</sup> SILVA, **Abusos e....** 2010, p.238.

<sup>59</sup>O “Ombudsman” não possui poder repressivo, não podendo anular nem revogar o ato praticado por autoridade.

<sup>60</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “O Ministério Público como Instituição Essencial à Justiça” In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves.(org). **Ministério Público – Reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010, p.10.

<sup>61</sup>GOMES, **O Ministério...** 2003, p.132.

implantação efetiva de políticas publicadas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988”<sup>62</sup>, objeto de estudo do próximo capítulo.

---

<sup>62</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.126.

## 2 OMISSÃO ESTATAL E O CONTROLE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Abordar-se-á, neste capítulo, acerca dos fundamentos que corroboram a vocação ministerial para agir a fim de suprir a omissão estatal - a inércia inconstitucional - quando o Estado deve agir sob o seu dever legal e constitucional atendendo às necessidades e clamores da sociedade, seja pela via judicial, seja pela via extrajudicial.

Também é significativa a reflexão sobre a essência da legitimação constitucional do *parquet*, como abordado no primeiro capítulo deste trabalho, para compreender a ligação entre a intervenção ministerial e a omissão administrativa.

### 2.1 BREVE FUNDAMENTO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

Em que pese não ser o objetivo do trabalho a análise sobre a responsabilidade civil da Administração, torna-se produtiva a reprodução de alguns conceitos para complementar o entendimento acerca da omissão estatal.

Marçal Justen Filho observa que “a responsabilidade é inerente à existência de um dever jurídico. Consiste num aspecto ou conseqüência da existência desse dever e consiste na submissão do sujeito a arcar com os efeitos decorrentes da ausência de cumprimento espontâneo da conduta diretamente imposta a ele (ou a terceiro) como obrigatória.”<sup>63</sup>

A Constituição Imperial do Brasil (1824-1891) prescrevia, em seu art.99, acerca da responsabilidade do Imperador: “A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.”<sup>64</sup> Percebe-se o quanto evoluiu a responsabilidade civil do Poder Público, sendo possível utilizar-se dos fundamentos da responsabilidade civil para a compreensão de sua similitude com a responsabilidade da Administração Pública.

A responsabilidade civil subjetiva é proveniente da realização de um ato ilícito, o qual pressupõe culpa *lato sensu* do agente, por meio da violação de um direito alheio, seja por imprudência, por negligência ou por imperícia. Como não há no ordenamento jurídico uma definição legal do elemento culpa<sup>65</sup>, e como a responsabilidade subjetiva pressupõe a culpa *lato sensu*, abrange-se igualmente o conceito de dolo. Constata-se que a responsabilidade do

---

<sup>63</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1071.

<sup>64</sup> O princípio da infalibilidade real remonta ao direito inglês, “*the king can do no wrong*”, que preservava a pessoa do rei e o Estado da responsabilidade. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil vol.2**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.367.

<sup>65</sup> Ideias retiradas da obra de: FERRAREZE, Juliana de Souza. **A responsabilidade da Administração Pública por Omissão**. Monografia apresentada à banca da Faculdade de Direito da UFRGS - graduação. Porto Alegre, 2006, pgs.19-20.

agente pressupõe uma ação ou omissão voluntária, configurando-se também como requisito desta responsabilidade a relação de causalidade e o dano<sup>66</sup>.

Acerca do tema e remontando à história, disserta Fábio Ulhoa Coelho:

Nosso primeiro Código Civil continha dispositivo imputando às pessoas jurídicas de direito público responsabilidade subjetiva. Para obter indenização pelos prejuízos sofridos em razão da atuação estatal, cabiam ao demandante as mesmas provas exigidas nas hipóteses gerais de responsabilização civil, incluindo a do pressuposto subjetivo. Se o prejudicado não provasse a conduta culposa do agente público, não tinha direito ao ressarcimento. A responsabilidade subjetiva do Estado foi prevista também nas Cartas de 1934 e 1937<sup>67</sup>.

Porém, conforme esse autor, a Constituição de 1946 mudou a regra, pois a responsabilidade civil do Estado passou a ser objetiva e tem sido desta espécie desde então, adotando a teoria do risco administrativo e “viabilizando a socialização dos custos da atividade estatal”<sup>68</sup>.

Para que o Estado se responsabilize objetivamente pelo dano, não se exige que o causador seja funcionário público efetivo ou comissionado. O preceito normativo menciona a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos danos causados por seus agentes, conceito amplo que alcança toda e qualquer pessoa a serviço do Estado.<sup>69</sup>

De acordo com Hely Lopes Meirelles<sup>70</sup>, “responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação do dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.”

A doutrina, basicamente, divide-se entre os que sustentam ser a responsabilidade por omissão do Estado subjetiva e os que a sustentam ser objetiva. Para os primeiros, a inércia da Administração não acarreta sua autoria em um dano. Portanto, seria preciso a vítima comprovar o dever que teria o Poder Público de evitar o prejuízo. Para os segundos, é possível a responsabilização objetiva estatal independentemente de culpa, possuindo o Estado o ônus de provar alguma excludente<sup>71</sup> de sua responsabilidade.

Conforme o disposto no art.37, § 6º, da Carta Maior, que demonstra a adoção da teoria objetiva:

<sup>66</sup> FERRAREZE, **A responsabilidade ...** 2006, pgs.18-20.

<sup>67</sup> COELHO, **Curso ...** 2005, p.368.

<sup>68</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p.369.

<sup>70</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.655.

<sup>71</sup> São excludentes apresentadas e defendidas por Juarez Freitas: ato/fato de terceiro; culpa exclusiva da vítima; força maior ou caso fortuito e a reserva do possível. FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Art. 37- § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Observa Marçal Justen Filho, com propriedade, acerca dos elementos inerentes à responsabilidade extracontratual do Estado, sendo imprescindíveis: o dano sofrido por terceiro, uma ação ou uma omissão antijurídica imputável ao Estado e o nexo de causalidade entre eles.

O campo próprio da responsabilidade civil extracontratual do Estado abrange apenas os efeitos danosos de ações e omissões imputáveis a pessoas jurídicas de direito público (ou particulares prestadores de serviços públicos), relativas a condutas que configurem infração a um dever jurídico de origem não contratual. A responsabilidade civil extracontratual do Estado é produzida pela presença de três elementos. Há necessidade de: (a) dano material ou moral sofrido por alguém; (b) uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado e (c) um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal.<sup>72</sup>

Alguns autores aprofundam suas teorias em diferentes pontos, os quais consideram relevantes para o entendimento da matéria. A respeito da responsabilidade por omissão, mais especificamente, Sérgio Cavalieri Filho<sup>73</sup> fala acerca da diferenciação entre omissão genérica e omissão específica, baseando-se em Guilherme Couto de Castro. A primeira, genérica, não decorre de inércia do Estado diretamente, podendo ser esta omissão ter caráter subjetivo com análise da culpa estatal. Porém, na segunda – a específica – a inércia é causa direta e imediata do não- impedimento do evento danoso antijurídico, que pressupunha dever individualizado de agir.

Outro assunto relevante para a análise do tema é a questão da antijuridicidade. Para Justen Filho, é preciso atentar-se na disciplina jurídica da atividade estatal para efeito de verificação de juridicidade e de antijuridicidade.<sup>74</sup> Outrossim, comenta que se deve ter bastante cautela quanto à defesa da possibilidade de responsabilização civil do Estado por atos lícitos: “Adota-se o entendimento de que, ressalvadas hipóteses em que houver solução legislativa explícita diversa, somente é possível responsabilizar o Estado quando a ação ou omissão a ele imputável for antijurídica.”<sup>75</sup> Este autor também defende o dever objetivo de diligência do Poder Público:

O ponto fundamental reside na ausência de infração a um dever de diligência estatal. Trata-se da qualificação da conduta omissiva estatal, qualificação essa realizada em

<sup>72</sup> JUSTEN FILHO, **Curso de...** 2009, p.1077.

<sup>73</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo:Malheiros, 2003, p.247.

<sup>74</sup> JUSTEN FILHO, *op.cit.*, 2009, pgs.1079-1082.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p.1080.

vista do dever objetivo de diligência (...) toda ação ou omissão imputável ao Estado, que configure infração ao dever de diligência no exercício das competências próprias, gerará responsabilização civil se produzir ou der oportunidade a dano patrimonial ou moral a terceiro.<sup>76</sup>

A omissão estatal está intimamente relacionada ao dever de diligência do Poder Público. Justen Filho apresenta duas hipóteses de dano derivado de omissão<sup>77</sup>: 1) casos em que a norma prevê dever de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico, caracterizando o ilícito omissivo próprio (a norma estabelece que é obrigatório o agente público atuar em certo sentido, e a omissão acarreta presunção de formação defeituosa da vontade ); 2) casos em que a norma proscreeve certo resultado danoso, o qual se consuma em virtude da ausência de cautela necessária, caracterizando o ilícito omissivo impróprio. Nesta hipótese, o sujeito não está obrigado a agir de um modo específico, e sua omissão não gera presunção de infração ao dever de diligência especial— deve-se verificar concretamente se houve infração a esse dever. Assim, seja por uma infração direta ou por ausência de cautela necessária, configura-se a omissão.

Como anteriormente abordado, o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da responsabilidade objetiva por omissão. Porém, Sérgio Severo ressalta que “a objetivação da responsabilidade pública não afasta, de modo absoluto, a importância da culpa em suas duas modalidades, v.g., o *standard* do funcionamento anormal e, excepcionalmente, a culpa como aferição da ação do agente, pois há casos em que tais parâmetros se impõem no tocante ao engajamento da responsabilidade pública.”<sup>78</sup>

Muitas vezes repetida, uma das “verdades” mais falsas do direito brasileiro é a erradicação da culpa na responsabilidade pública, derivada de uma exegese que não corresponde ao sentido do §6º do art. 37 da CF, tampouco considera a absoluta impossibilidade de o risco solucionar determinadas situações de fato. No entanto, há que esclarecer que a culpa a que nos referimos não se baseia, em regra, na concepção civilista, centrada em elementos volitivos do agente para determinar uma negligência, imperícia ou imprudência (art.186 CC). A culpa que informa algumas esferas da responsabilidade pública é aquela derivada do funcionamento anormal do serviço público, um *standard* baseado na concepção de que a ação administrativa deve dar-se de acordo com padrões adequados de funcionamento, concepção objetiva da noção de culpa, que constitui uma das mais importantes construções do direito administrativo.

Para finalizar este tópico de breves fundamentos da responsabilidade civil estatal, é relevante destacar que Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>79</sup>

<sup>76</sup>JUSTEN FILHO, **Curso de...**2009,1081-1082.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p.1085.

<sup>78</sup> SEVERO, Sérgio. **Tratado da Responsabilidade Pública**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

<sup>79</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p.652.

são exemplos de defensores da teoria da responsabilidade subjetiva por omissão do Poder Público<sup>80</sup>. Por outro lado, adotando a vertente da responsabilização objetiva estatal, Juarez Freitas entende – acertadamente - que se a antijuridicidade está configurada (ação ou omissão anômala e desproporcional), “haverá o nexo causal e o dever de indenizar, não havendo motivo para indagar sobre a culpa ou o dolo do agente, mas somente acerca da antijuridicidade. Portanto, quando se fala em antijuridicidade, aborda-se ofensa à esfera dos princípios ou regras, ainda que a conduta do agente possa ser considerada como ‘lícita’ em sentido restrito.”<sup>81</sup>

Freitas, ao defender a devida prudência, faz a conjunção de análise entre a teoria do risco administrativo e o princípio da proporcionalidade, chegando à teoria da responsabilidade

---

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.996.

<sup>80</sup>Interessante a análise da contribuição doutrinária argentina sobre o tema: “*Necesaria relación causal entre daño y omisión: Lógicamente que no toda omisión podrá considerarse generadora de responsabilidad, sino solamente cuando la conducta omisiva guarde una relación de causalidad adecuada con el daño producido, debiendo estar ligada con el resultado dañoso, de manera tal que se demuestre claramente que la abstención constituye el elemento eficiente de la consumación del perjuicio.(...)Para que una conducta omisiva genere responsabilidad debe estar causalmente ligada al resultado dañoso, de modo que pueda afirmarse que la abstención ha actuado como factor eficiente de consumación, esto es que la abstención tiene que ser la causa del daño, de modo tal que un juicio de probabilidades indique que la abstención influyó como causa del perjuicio, partiendo del supuesto que la actuación positiva hubiese sido suficiente para evitar los daños. Así, la Corte Nacional entendió que el daño determinante de responsabilidad se funda además en los principios de la teoría general, constituyendo las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, restricciones principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos. Como acertadamente lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia, no es necesario que la obligación de actuar sea impuesta en forma expresa, cuando concurren los siguientes requisitos: 1) existencia de un interés jurídicamente relevante, en la relación cualitativa o cuantitativa; 2) necesidad material de actuar en protección de dicho interés; y, 3) proporción entre el sacrificio estatal y la utilidad que se obtendría con su actuación positiva. Es decir, si se acredita la presencia de un interés normativamente relevante y que el Estado debió actuar a fin de tutelar el interés del particular, si la omisión no le reportó ninguna utilidad y la actuación no le ocasionaría ningún sacrificio, surge, entonces, la obligación de actuar*”. (Necessária relação causal entre dano e omissão: Logicamente nem toda a omissão poderá ser considerada como geradora de responsabilidade, mas somente quando a conduta negligente guarde uma relação de causalidade adequada com o dano produzido, devendo estar ligada com o resultado lesivo, de modo que se demonstre claramente que a abstenção constitui elemento eficiente da consumação da lesão. (...) Para que uma conduta omissiva gere responsabilidade deve estar causalmente ligada ao resultado danoso, de modo que se possa afirmar que a abstenção tem atuado como fator de consumação, de maneira que a abstenção tem que ser a causa do dano, tal que um juízo de probabilidades indique que a omissão influenciou como causa da lesão, partindo do pressuposto que a atuação positiva tinha sido suficiente para evitar os danos. Assim, a Corte Nacional entendeu que o dano determinante de responsabilidade se funda também nos princípios da teoria geral, constituindo as disposições constitucionais estabelecidas em garantia da vida, da liberdade e da propriedade dos habitantes do país, restrições principalmente contra os abusos dos poderes públicos. Como acertadamente sustenta a doutrina e a jurisprudência, não é necessário que a obrigação de atuar seja imposta de forma expressa, quando concorrem os seguintes requisitos: 1) existência de um interesse juridicamente relevante, na relação qualitativa ou quantitativa; 2) necessidade material de atuar em proteção de dito interesse; 3) proporção entre o sacrifício estatal e a utilidade que se obteria com sua atuação positiva. Ou seja, se há a presença de um interesse normativamente relevante e que o Estado deve atuar a fim de tutelar o interesse do particular, se a omissão não lhe causou nenhuma utilidade e a atuação não lhe ocasionaria nenhum sacrifício surge, então, a obrigação de atuar.) COCHIA, Juan J. **Las omisiones del Estado generan responsabilidad. Resumen: S-002**. Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina, 2004, pgs.2-3. Disponível em: <<http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/com2004/1-Sociales/S-002.pdf>>. Acesso em 28 agos. 2010.

<sup>81</sup> FREITAS, **Responsabilidade...** 2006, p.197.

que viabiliza a reparação, a tempestiva prevenção e a precaução justificada. Diante desta conceituação inicial sobre a responsabilidade do Estado, expressa constitucionalmente, parte-se para as reflexões: Qual a importância de seu controle? Qual o papel do *parquet* frente à omissão estatal antijurídica geradora de danos? Quais as contribuições da aplicação dos princípios da precaução e da prevenção para o controle da omissão administrativa?

## 2.2 A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE

Com participação vital na sociedade, o Ministério Público constitui-se em uma “veia social”, equilibrando as relações entre a Administração Pública e o administrado. Porém, como já abordado, o *parquet* não está vinculado a nenhum dos três poderes estatais. Ele não se insere no Poder Judiciário, apesar de ser órgão fundamental para a função jurisdicional do Estado. Por outro lado, o Ministério Público possui liberdade de atuação, pois seus membros não estão vinculados a determinações político-governamentais, por isso não pertencente ao Executivo.

Sabe-se que o povo é o titular do poder político estatal, mas é representado por aqueles devidamente legitimados e vocacionados para os serviços públicos. A fim de evitar os excessos e omissões em seus mais diversos âmbitos, o Estado Democrático de Direito é caracterizado, em sua essência, por controles recíprocos entre seus órgãos, considerando-se a constitucional cláusula pétreia da separação<sup>82</sup> dos poderes na Constituição Federal de 1988. Dessa forma, visualiza-se essa identidade democrática como preservadora e protetora dos princípios indispensáveis ao direito fundamental à boa administração pública. Hely Lopes Meirelles<sup>83</sup>, versando sobre a administração pública, conceitua controle como “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.” Por outro lado, Marçal Justen Filho preceitua que “o controle externo consiste na submissão da atividade administrativa à fiscalização exercitada por órgãos externos à estrutura do Poder que os praticou.”<sup>84</sup>

Em termos gerais, pode-se aludir ao controle externo por parte do Poder Legislativo (o que abrange o Tribunal de Contas), do Ministério Público e do Poder Judiciário. O controle externo não significa a supressão da separação de Poderes nem importa a redução da autonomia no exercício de competências próprias. É vedado que, a

<sup>82</sup> Cf. os arts. 2º. e 60, §4º, III. da Constituição federal de 1988:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60.: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes;

<sup>83</sup> MEIRELLES, **Direito ...**, 2009, pgs.671-672.

<sup>84</sup> JUSTEN FILHO, **Curso de...** 2009, p.991.



pretexto de exercitar controle-fiscalização, um órgão pretenda assumir o exercício de competências reservadas a outrem pela Constituição ou pela lei.<sup>85</sup>

Para abordar o tema do controle da omissão dos atos administrativos pelo Ministério Público há que se ter - com muita clareza - que as normas constitucionais são um guia para o legislador e, para a consagração dos direitos sociais constitucionais e a concretização de políticas públicas que têm por finalidade o interesse público, incumbe ao administrador sua aplicação e regulamentação. Ximena Cardozo Ferreira fundamenta a respeito da implementação de políticas públicas, da ação executiva e da concretização de direitos sociais. Como ela acertadamente conclui, não se trata de eleição pura e simples de prioridades governamentais, mas de realização da opção já prevista pelo legislador:

Esboçam as políticas públicas o próprio planejamento estatal que tem por finalidade o atingimento do interesse público: portanto, não se trata de eleição pura e simples de prioridades governamentais, mas de concreção da opção já levada a efeito pelo legislador (constituente ou ordinário). Para a elaboração de tais metas, a serem contempladas em planos de ação executiva, pois, devem legislador e administrador ter presentes os objetivos de igualdade e justiça social da República, que formam a base da Ordem Social Constitucional. As normas constitucionais, portanto, servem como guia e instrumento para o legislador, ao passo que os mecanismos utilizados pelo administrador são tanto os regramentos constitucionais como os textos infraconstitucionais que estejam em consonância com a ordem instituída. As políticas públicas necessárias à concretização de direitos sociais consagrados na Constituição Federal são, no mais das vezes, contempladas em legislação ordinária, incumbindo ao administrador sua aplicação e regulamentação<sup>86</sup>.

Com semelhante enfoque, ressaltando o papel do *parquet* não somente para com a atuação no plano dos direitos constitucionalmente garantidos, mas também no plano de exigência do dever de cumprimento de implementação de políticas públicas, Fábio Konder Comparato sugere que o cumprimento do dever constitucional deve ser exigido judicialmente:

O Ministério Público deve atuar não só no plano dos direitos subjetivos públicos expressamente garantidos pela Constituição – o direito de acesso ao ensino fundamental (...) – o que, aliás, vem fazendo com inegável zelo; mas deve também exigir judicialmente o cumprimento do dever constitucional de se implementarem políticas públicas nessa área.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> JUSTEN FILHO. **Curso de...**2009, p.991.

<sup>86</sup> FERREIRA, Ximena Cardozo. **A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**, pgs.1-2. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id376.htm>>. Acesso em 3 jul. 2010.

<sup>87</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. DA CUNHA, S.S.; GRAU, E.R. (organização). São Paulo: Malheiros, 2003, p.255.

Assim, percebe-se que a implementação de políticas públicas está diretamente relacionada com o dever constitucional de atuação na esfera judicial, sendo o controle dos atos administrativos essencial para a revisão e reflexão da atuação estatal. O Ministério Público deve exigir o cumprimento dos deveres constitucionais, a fim de contemplar plenamente o interesse público - a concreção de opção já levada a efeito pelo legislador. Porém, é fundamental saber como se subdividem os atos administrativos e como funciona o referido controle, o que será objeto da próxima abordagem.

### 2.3 ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRICIONÁRIOS

Primeiramente, é necessária a análise conceitual acerca dos atos administrativos. Neste estudo, adotar-se-á a classificação<sup>88</sup> quanto ao regramento: atos vinculados e atos discricionários. Os primeiros são caracterizados quando da rigidez de regramento, não deixando à lei margem para opções, tendo o administrador mínima liberdade. Leciona Hely Lopes Meirelles:

Nesta categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado. (...) Isso não significa que nessa categoria de atos o administrador se converta em cego e automático executor da lei. Absolutamente, não. Tanto nos atos vinculados como nos que resultam da faculdade discricionária do Poder Público o administrador terá de decidir sobre a conveniência de sua prática, escolhendo a melhor oportunidade e atendendo a todas as circunstâncias que conduzam a atividade administrativa ao seu verdadeiro e único objetivo – o bem comum<sup>89</sup>.

Destaca-se a importância do dever de motivação para os atos vinculados, evidenciando a conformação de sua prática com as exigências e requisitos legais que constituem pressupostos necessários de sua existência e validade. Assim, pode o Judiciário revê-los em todos os seus aspectos no exame da legalidade.

Luis Roberto Gomes<sup>90</sup> postula que nos atos discricionários há liberdade na escolha de conveniência, oportunidade e conteúdo, tanto para a ação como para a omissão, podendo a Administração optar por várias soluções possíveis, desde que legais. Contudo, Álvaro Luiz

---

<sup>88</sup> A classificação dos atos administrativos não é uniforme entre os publicistas, dada a diversidade de critérios que podem ser adotados para seu enquadramento em espécies ou categorias afins. Para este estudo adotou-se a classificação quanto ao seu regramento: atos vinculados e atos discricionários, a fim de metodizar e facilitar a compreensão do tema deste trabalho.

<sup>89</sup> MEIRELLES, **Direito ...**, 2009, pgs.169-170.

<sup>90</sup> GOMES. **O Ministério...**, 2003, p.71.

Valery Mirra esclarece que a conveniência, a oportunidade e as alegações de ordem financeira e orçamentária não podem ser razões para o afastamento das ações preventivas:

Nunca é demais repetir que existe, na matéria ora em exame, o dever imposto ao Poder Público de agir para alcançar o fim previsto nessas normas constitucionais e infra-constitucionais, ações estas precipuamente preventivas. E tais atividades não podem ser postergadas por razões de oportunidade e conveniência nem mesmo sob a alegação de contingências de ordem financeira e orçamentária. (...) Se, em algumas dessas hipóteses, o Poder Judiciário acaba por influir nas diretrizes políticas do Estado, isto se dá porque, antes, houve indevida omissão administrativa a legitimar a sua intervenção, provocada pela sociedade que dele espera o cumprimento do papel que lhe foi atribuído pela ordem constitucional.<sup>91</sup>

A discricionariedade<sup>92</sup> não se manifesta no ato em si, mas no poder de a Administração praticá-lo nas condições mais convenientes ao interesse público, de acordo com os limites para a liberdade de escolha. Pondera Hely Lopes Meirelles:

A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente. (...) Para o cometimento de um ato discricionário, indispensável é que o Direito, nos seus lineamentos gerais, ou a legislação administrativa confira explícita ou implicitamente tal poder ao administrador e lhe assinale os limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato<sup>93</sup>.

Assim, percebe-se que não existem atos puramente vinculados ou puramente discricionários, mas sim incidências predominantes de um ou outro no mesmo ato. Esse conceito é importante para o entendimento do *leading case* a ser comentado neste trabalho, no capítulo 3.

## 2.4 O CONTROLE DA OMISSÃO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A possibilidade de controle da omissão administrativa é pacífica quando se trata de ato vinculado, não deixando opções ao agente público. Conforme um exemplo<sup>94</sup> comentado por Luis Roberto Gomes sobre o controle da omissão por prática de ato vinculado – quando há

---

<sup>91</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente**. Revista de Direito Ambiental n.15, julho-setembro/1999, pgs.11 e 17.

<sup>92</sup> Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Discrição é a liberdade de ação dentro dos limites legais, enquanto arbítrio é ação contrária ou excedente da lei.

<sup>93</sup> MEIRELLES, **Direito ...**, 2009, pgs.171-172.

<sup>94</sup> GOMES, **O Ministério...**, 2003, pgs.72-73.

omissão na prestação obrigatória de serviço público de licenciamento ambiental - caberia a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público.

Quanto ao controle da omissão administrativa nos atos discricionários, a doutrina brasileira parece não ser divergente no que concerne à concepção da discricionariedade propriamente dita, todavia ramifica-se no que concerne à sua natureza, reconhecendo nela “o caráter de poder, de faculdade ou de competência atribuída pela lei”, disserta Luis Roberto Gomes.<sup>95</sup> O poder discricionário é o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal, impossível de cogitá-lo fora do direito. Assim, o ato do administrador deve estar vinculado não apenas à legalidade, mas à completude dos princípios norteadores das relações jurídico-administrativas.

Os princípios constitucionais conferem “nova roupagem”<sup>96</sup> à atuação da Administração Pública, pois o Estado de Direito passou a ser igualmente Democrático e Social, devendo “superar a tibieza no cumprimento duradouro das metas basilares” da Carta Maior. Ensina Juarez Freitas:

O Estado Democrático deve ser o guardião, por excelência, das expectativas legítimas de presentes e futuras gerações. Não raro, porém, o aparato governamental trabalha contra tal lógica, preso a demandas imediatistas e incapaz de romper com as deformações associadas à descontinuidade das políticas públicas ou de superar a tibieza no cumprimento duradouro das metas basilares estabelecidas na Constituição. Ora, por mais relevantes e justas que se mostrem as reivindicações do tempo imediato, o Estado existe, sobretudo, para assegurar as regras do jogo contra os humores voláteis, as discricões excessivas, as irresponsabilidades para com o futuro e as demais causas geradoras de conflitos intertemporais.<sup>97</sup>

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen<sup>98</sup> pondera que cabe ao Juiz dar sentido concreto à norma, controlando a legitimidade do ato administrativo, comissivo ou omissivo, analisando se não é contrariada a sua finalidade constitucional. Observa Luis Roberto Gomes sobre o controle do ato vinculado:

Cuidando-se de ato vinculado, em que todos os elementos – ou requisitos – são previstos em lei, que não deixa margem a opções pelo agente público, a possibilidade de controle da omissão administrativa afigura-se pacífica quando

---

<sup>95</sup> GOMES, O Ministério..., 2003, p.79.

<sup>96</sup> Idem, p.295.

<sup>97</sup> FREITAS, Juarez. **O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos**. Artigo publicado na Revista Eletrônica “Atualidades Jurídicas”. OAB Editora, Março/Abril 2008, p.1. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505615174218181901.pdf>>. Acesso em 27 agos. 2010.

<sup>98</sup> FRISCHEISEN. **Políticas Públicas** ...,2000.

resultar lesão a direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis<sup>99</sup>.

O mesmo autor argumenta ser possível a sua imediata imposição – sendo “o controle da omissão estatal verdadeiro controle de legalidade”,<sup>100</sup> quando se trata de ato vinculado. Dessa forma, quando a omissão estatal violar interesses supra-individuais seria possível, além da atuação extrajudicial do *parquet*, a procura pela tutela jurisdicional na via da ação civil pública, a fim de que a Administração Pública seja obrigada a cumprir dever estatuído no ordenamento jurídico:

Silenciando a Administração quando pelo ordenamento jurídico não lhe restava outra opção senão agir, no sentido de concretizar determinada providência, caberá tranquilamente ao Judiciário pronunciar-se na forma do controle de legalidade, uma vez que todos os requisitos do ato omitido estavam previstos em lei<sup>101</sup>.

Quanto aos atos discricionários, Luis Roberto Gomes pondera que é pertinente distinguir a “situação em que a omissão tem por antecedente o exercício da discricionariedade daquela em que a inércia não tem qualquer justificativa, significando descaso com a coisa pública por parte do administrador”<sup>102</sup>, o qual nem se dirige ao exame da caso real posto ao seu alcance, por carência de interesse para isso, muitas vezes de interesse político. Lembra o autor que tal distinção é “válida porque a omissão estatal pode também ser orientada pela política pública adotada, possivelmente com acerto, em razão da peculiar situação do ente administrado.”<sup>103</sup>

Assim, se dentre várias soluções possíveis discricionariamente o administrador preferir uma delas, a que com maior propriedade satisfaça a necessidade social emergente, omitindo-se nas demais com apoio no ordenamento jurídico, estará atingido o interesse público, primário e secundário, e inviável qualquer controle externo. Agora, no caso de omissão pura e simples, não se trata de fato jurídico administrativo, nem de política pública, uma vez que não há qualquer apreciação de conveniência e oportunidade quanto à viabilidade ou à necessidade da prática do ato administrativo. Trata-se de mera situação de fato, diferentemente daquela em que a inação é precedida da análise discricionária do agente público. Nesta, toma-se posição em princípio possivelmente referendada pelo ordenamento jurídico, uma vez que lícito e admissível o exercício da liberdade de apreciação quanto à necessidade de se praticar ou não, e quando, determinado ato. Há, pois, um fato administrativo. Naquela, não há qualquer avaliação acerca da situação posta em concreto, não há exercício de discricção, mas inércia pura e simples, ora por descaso, ora pelas mais variadas razões, não raro eivadas de pessoalidade. Insta entretanto salientar que o princípio da eficiência, pelo qual a melhor solução deve ser tomada em direção ao interesse público, aliado à moralidade administrativa, à impessoalidade e à razoabilidade que devem pautar o cotidiano administrativo, não

<sup>99</sup> GOMES, O Ministério..., 2003, p.72.

<sup>100</sup> Ibidem, p.74.

<sup>101</sup> Ibidem, p.77.

<sup>102</sup> Ibidem, p.88.

<sup>103</sup> Ibidem, p.88.

compactua com esse tipo de omissão. Se houver pura inércia ante os fatos de relevância social que demandem providências concretas, omitindo-se o administrador sem qualquer justificativa, sem prévio juízo de valor acerca da necessidade, da forma ou do tempo em que será implementada a medida respectiva, maior a probabilidade de desatendimento do interesse público subjacente e, conseqüentemente, da incidência de controle externo, pelo Ministério Público ou pelo Judiciário<sup>104</sup>.

Deve-se diferenciar, portanto, a inércia pura (mera situação de fato) da escolha discricionária consciente e motivada. A escolha justificada que reflete a satisfação de uma necessidade social emergente não desrespeita o interesse público.

Assim, quando da inércia pura ante os fatos de relevância social, é possível o controle externo pelo Ministério Público. Conforme Recurso Especial citado por Ximena Cardozo Ferreira<sup>105</sup>, que corrobora uma nova visão sobre o exame das razões de conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. *Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.*
4. Recurso especial provido.<sup>106</sup>

#### **2.4.1 O CONTROLE REALIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - VIA JUDICIAL**

Luis Roberto Gomes diz não ser qualquer omissão suscetível de controle, porém somente aquela que é ilícita, ou seja, que contraria a ordem jurídica preestabelecida: “A omissão é ilícita quando o agente não exerce corretamente o poder que lhe foi deferido pelo titular do poder político para ser utilizado instrumentalmente, falhando no dever de alcançar finalidades preestabelecidas de interesse público.”<sup>107</sup>

Destarte, quando o Estado se revela omissor, e a omissão é ilícita, dado que deveria agir, é perfeitamente possível que o Ministério Público, ainda que não eleito por voto popular, intervenha, invocando o controle jurisdicional, ou mesmo por veículo extraprocessual, como a recomendação, para, respectivamente, obrigar o agente estatal à ação ou indicar-lhe o caminho legal para suprir a omissão, sob pena de

<sup>104</sup> GOMES, **O Ministério...**2003, pgs.88-89.

<sup>105</sup> FERREIRA, **A possibilidade ...** p.17.

<sup>106</sup> REsp 493811/SP, DJU 15-3-2004, p. 00236, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma.

<sup>107</sup> GOMES, *op.cit.*, p.109.

responsabilização, porque agente político constitucionalmente qualificado para tanto, pelo próprio titular soberano do poder político estatal<sup>108</sup>.

Seja pela via processual ou extraprocessual, o Ministério Público é legitimado a atuar quando se configura situação de inércia antijurídica do Poder Público, uma vez que todo agir deve buscar a sua finalidade constitucional.

Caso haja desvio de finalidade, o *parquet* poderá promover uma ação civil pública, por exemplo, a qual tem essencial papel para a concretização de políticas públicas, possibilitando a cominação de obrigações de fazer e de não-fazer, por meio de determinação judicial que determine ao ente estatal a realização dos direitos sociais fundamentais. Conforme Ximena Cardozo Ferreira<sup>109</sup>:

A ação civil pública é o instrumental de atuação do Ministério Público por excelência, utilizado tradicionalmente em larga escala para o alcance das finalidades institucionais no que concerne à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Concebida no ordenamento jurídico nacional através da Lei nº 7.347/85, foi alçada ao status de garantia constitucional fundamental pela Carta da República de 1988, prevista no inciso III do artigo 129. Caracterizado mecanismo processual que abre caminho à possibilidade de cominação de obrigações de fazer e de não-fazer, reveste-se a ação civil pública de relevância fundamental ao controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas, visto que a partir dela pode-se obter determinação judicial ao ente estatal para que atue de forma a dar concretude aos direitos sociais previstos na Constituição, em especial no que concerne à Ordem Socioambiental. De fato, não subsistem à análise sistêmica do ordenamento jurídico pátrio as objeções freqüentemente apontadas ao exercício do controle finalístico das ações e omissões estatais frente aos deveres prestacionais impostos pela Ordem Constitucional, visto que argumentos como separação de poderes, falta de legitimidade democrática, discricionariedade administrativa ou falta de previsão orçamentária não podem conduzir à negação de direitos assegurados pela Carta Constitucional.

A ação civil pública, fundamental ao controle da omissão do Poder Público e para a implementação de políticas públicas, por meio de suas obrigações de fazer e não-fazer, sinaliza um caminho – direcionado pelo *parquet* e pelo Judiciário - a ser seguido pela Administração, que não pode afastá-lo uma vez que tem o dever legal de agir, de ser diligente para com os direitos fundamentais. Tendo como o valor mais elevado a defesa desses direitos, não há que argumentar acerca de falta de previsão orçamentária, violação da separação dos poderes e discricionariedade administrativa.

---

<sup>108</sup> GOMES, O Ministério...2003, p.22.

<sup>109</sup> FERREIRA, Ximena Cardozo. **A Atuação do Ministério Público na Implementação de Políticas Públicas da área Ambiental.** Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id377.htm>. Acesso em 4/7/2010 > . Acesso em 5 agos. 2010.

A omissão do Poder Legislativo também pode ser suprida pela ação civil pública e por meio da integração de uma norma em branco, ou seja, preenchimento de lacunas da lei, permitidas pelo Judiciário. Complementa Luis Roberto Gomes sobre o cabimento da ação civil pública, o direito material necessário para dar suporte à pretensão ministerial e o seu modo de execução :

É incabível ação civil pública de condenação em obrigação de fazer ou de não-fazer contra a omissão administrativa se o direito material não for previsto no ordenamento jurídico, não cabendo ao Ministério Público ou ao juiz inventá-lo, pois estariam legislando. No entanto, observamos que, em que pese o caráter nitidamente processual da ação civil pública, é descabida a exigência de norma específica expressa fixando detalhadamente onde, quando e como fazer, para que seja possível ordem judicial suprindo a omissão. Com efeito, basta que o dever de agir esteja previsto genericamente no ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional, para que se tenha o direito material necessário para dar suporte à pretensão ministerial. (...) Há que se atentar para o modo e o tempo em que se determinará o cumprimento da obrigação de fazer, sob pena de absoluta ineficácia da execução posterior do comando emergente da sentença. O modo de execução da obrigação imposta deve ser sujeito à apreciação de conveniência e oportunidade pelo administrador, salvo aquelas raras hipóteses em que só existe uma alternativa viável capaz de atingir o esperado. Por fim, deve-se levar em consideração que o prazo a ser fixado para o cumprimento da obrigação deve ser razoável, aconselhando-se inclusive que se fundamente em perícia técnica que leve em consideração a complexidade da obra e o cotidiano administrativo<sup>110</sup>.

A legalidade e a razoabilidade devem conduzir a atuação ministerial. Portanto, o direito material defendido pelo *parquet* deve estar previsto (mesmo que genericamente), e a execução da obrigação imposta deve atender à análise de conveniência e oportunidade do Poder Público, em regra. Os prazos de cumprimento devem também ser razoáveis, a fim de conciliar a complexidade da obra com o cotidiano da Administração. A efetividade dos resultados depende desses fundamentais preceitos para a realização de uma consciência social respeitável.

Voltaire de Lima Moraes postula que “O homem de hoje, com maior consciência social, passou a perceber que as violações coletivas são as que mais comprometem e lesam sua área de interesse individual, na medida em que atingem sua saúde, liberdade, segurança e inclusive sua própria sobrevivência.”<sup>111</sup> Os anseios da população mudam com a evolução do tempo e dos fatos históricos, ampliando a consciência dos direitos. Outrora, os conflitos capazes de realmente ameaçar ou violar os seus interesses eram de natureza individual, não atingindo maior dimensão. Hodiernamente, fala-se em interesses difusos e coletivos, e de uma instituição legitimada especialmente para a defesa deles.

---

<sup>110</sup> GOMES, **O Ministério ...**, 2003, p.298.

<sup>111</sup> MORAES, Voltaire de Lima (org.). **Ministério Público, direito e sociedade**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.181.



Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>112</sup> explica que, no princípio, a posição doutrinária revelou-se um tanto restritiva quanto à alternativa de outorga de legitimação ao Ministério Público para atuação no que concerne à proteção de interesses difusos. Os pontos críticos apresentados pelo autor eram basicamente estes: 1) o *parquet* seria uma instituição naturalmente voltada à persecução de delitos “tradicionais”, comuns, mostrando pouca vocação persecutória quando se trata de delitos de natureza econômica ou “coletiva”; 2) o Ministério Público estrutural e funcionalmente estaria demasiadamente conexo ou subjacente à estrutura do poder estatal, para que dele se pudesse esperar a necessária autonomia e combatividade desejáveis quando se trata de tutela aos interesses supra-individuais; 3) ao Ministério Público faltaria aparelhamento e infra-estrutura indispensáveis à tutela desses interesses “especiais”.

Contudo, ainda conforme Mancuso<sup>113</sup>, muitas das ressalvas e críticas não se podem aplicar ao caso brasileiro, que possui estrutura legal, orgânica e funcional, com atuação tradicional na defesa de interesses públicos. Desse modo, há uma crescente legitimação no que concerne à ação civil pública, por exemplo. Quanto à vinculação ao Executivo, ressalta-se a independência funcional de seus membros, bem como o fato de a Instituição ser titular da ação penal, voltando-se, por isso, contra os próprios agentes do Estado, muitas vezes. O *parquet* também mostra sua independência quando opina livremente nos mandados de segurança e nas ações populares. O autor legitima a atuação ministerial em direitos difusos, afirmando que:

a)tratando-se, primordialmente, de tutela jurisdicional do bem comum, *lato sensu*, não se justificaria que desse processo ficasse alheio um órgão público cuja atuação se faz junto ao Judiciário e que tem por escopo a defesa-representação do interesse público e a fiscalização do cumprimento da lei; b) essa exclusão, para mais, sequer seria exequível frente ao direito positivo, já que o Ministério Público atua obrigatoriamente nas causas ‘que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, conforme o art. 82,III, do Código de Processo Civil, o mesmo ocorrendo em sede dos instrumentos específicos de controle jurisdicional da legalidade dos atos administrativos: o mandado de segurança, a ação popular, a ação direta de declaração de inconstitucionalidade; a ação civil pública; a ação por ato de improbidade administrativa; c)se o Ministério Público se ressentir, a certos respeito, de um melhor aparelhamento para conduzir eficazmente a tutela de interesses diferenciados, que requerem conhecimentos ‘para ou extrajurídicos’, o lógico seria suprir essa carência, possibilitando a seus integrantes o acesso às informações técnicas nos campos da ecologia, da qualidade de vida, do marketing, das relações entre produção e consumo, da preservação da natureza, a par da ampliação dos conhecimentos humanísticos, sobretudo os de natureza sociológica. Por outras palavras, a solução racional consiste em dotar essa instituição dos meios e

---

<sup>112</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.249.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p.251.

informações necessários a que ela e seus integrantes estejam à altura de poder prestar o seu concurso à tutela dos interesses difusos.<sup>114</sup>

A vocação ministerial para atuar em prol da coletividade, portanto, concretiza-se por meio de diversos instrumentos da via judicial: o mandado de segurança, a ação popular, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação civil pública, por exemplo. Há diversas formas de garantir a defesa dos interesses do bem comum *lato sensu*, e não há motivo para que a instituição fique alheia na defesa-fiscalização do interesse público e na fiscalização do cumprimento da lei, em conjunto com o Judiciário. Apesar de ressaltar a existência de algum ressentimento da instituição frente a um melhor aparelhamento e acesso a conhecimentos específicos, Mancuso reflete que a solução passa pela disponibilização de meios e informações das mais diversas áreas como forma essencial de capacitação e aprofundamento “para ou extrajudicial”.

#### **2.4.2 BREVE ABORDAGEM DO CONTROLE MINISTERIAL PELA VIA EXTRAJUDICIAL**

Para este trabalho optou-se por priorizar o estudo da via judicial de controle da omissão, uma vez que a ação civil pública corrobora o “leading case” objeto do capítulo 3. Contudo, é importante conhecer também os instrumentos extrajudiciais utilizados pelo Ministério Público.

A atuação extrajudicial é bastante ampla, e por isso abordar-se-á neste ponto apenas as principais formas deste âmbito de ação. De acordo com a doutrina de Silvia Cappelli<sup>115</sup>, são diversos os motivos para a escolha desta via, entre eles: 1) enfrenta-se atualmente a morosidade no julgamento das demandas judiciais (apesar de envolverem uma instrução probatória relevantemente técnica) e 2) a qualidade de título executivo extrajudicial do compromisso de ajustamento de conduta. Outrossim, há maior abrangência do compromisso de ajustamento do que da decisão judicial no que concerne aos reflexos administrativos e criminais, bem como menor custo. Também é positivo o enfoque social, uma vez que a participação da comunidade pode ser maior por meio da busca pelo consenso, da via extrajudicial.

O inquérito civil é exclusivo do Ministério Público, todavia não obrigatório, e tende a recolher elementos de prova que ensejam o ajuizamento da ação civil pública. Ele possibilita a

---

<sup>114</sup> MANCUSO, *Interesses...*, 2004, pgs.253-254.

<sup>115</sup> CAPPELLI, Sílvia. *Atuação Extrajudicial do MP na Tutela do Meio Ambiente*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul nº 46, p. 230.

realização de atas compromissárias entre os envolvidos e constitui-se em um processo investigatório que forma convicção sobre os fatos apontados como transgressores de direitos, como nos casos acerca da licitude da omissão administrativa.

Desde a instauração, mesmo ocorrendo as diligências da fase instrutória, e na conclusão, quando o órgão de execução do Ministério Público analisa se é o caso de arquivamento dos autos, ou se é o caso de ajuizamento da ação civil pública, o Ministério Público não submete o inquérito civil ou procedimento administrativo ao Poder Judiciário, seja para postular diligências ou prolongar o prazo para a conclusão do mesmo, em nenhum momento necessita de deferimento do Poder Judiciário para a realização de atos próprios que são desenvolvidos nos procedimentos administrativos de sua atribuição.<sup>116</sup>

Por outro lado, os procedimentos administrativos permitem a negociação com a Administração ou com os entes privados responsáveis pela implementação de políticas públicas, como as temporais, orçamentárias e de conciliação, por isso são significativamente eficazes. Igualmente efetivo, o inquérito civil propicia a elaboração de atas compromissárias em casos em que não seria adequada a ação civil pública. Luiza Cristina Frischeisen comenta também que:

Esse espaço de negociação é importante porque nele poderão ser contempladas as grandes questões atinentes à implementação de políticas públicas, como as temporais, orçamentárias e de conciliação entre as várias demandas existentes na sociedade, pela fixação de prazos necessários à implementação das exigências legais e eventuais adequações orçamentárias. Por outro lado, no inquérito civil público ou procedimentos correlatos podem ser elaboradas atas compromissárias entre várias partes envolvidas, que não necessariamente poderiam ser acionadas em uma ação civil pública, ou que nesse procedimento gerariam inúmeras contestações, sem que uma sentença conseguisse impor obrigações principais e secundárias, de vários entes públicos envolvidos em uma política pública.<sup>117</sup>

O termo de ajustamento de conduta, conhecido como TAC, é título executivo extrajudicial<sup>118</sup> que permite, a qualquer tempo, a retificação ou adição de cláusula se necessário, havendo vontade das partes. A sua não-observância possibilita o ajuizamento de ação executiva, dispensando-se o processo de conhecimento. Ele pode ser realizado no curso da ação civil pública, no curso do inquérito civil público ou no procedimento administrativo correlato. Seu objeto é obter dos órgãos públicos ou privados a adequação de atuação em conformidade com as normas constitucionais e legais. “A Lei da Ação Civil Pública permite

---

<sup>116</sup> FRISCHEISEN. **Políticas Públicas...** 2000, p.133.

<sup>117</sup> Ibidem, pgs.133-134.

<sup>118</sup> Conforme art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

que sejam introduzidas no compromisso de ajuste cominações legais pelo seu eventual descumprimento”, conforme comentário de Luiza Cristina Frischeisen.<sup>119</sup>

A recomendação, outra forma de atuação extrajudicial, objetiva advertir a Administração acerca de seus deveres, notificando-a sobre sua conduta omissiva, a fim de melhorar os serviços públicos e respeitar os direitos cuja defesa cabe ao Ministério Público promover.<sup>120</sup> Ela possibilita a espontaneidade de cumprimento, pois não se caracteriza como ordem de coação, pois seu descumprimento não implica em execução compulsória. Porém, a recomendação informa o que pode acontecer por ocasião de seu não-cumprimento, culminando com a possibilidade de abertura da via judicial, por exemplo. Este instrumento extraprocessual tem importante vínculo com o princípio da prevenção, pois tem o objetivo de evitar a propositura da ação civil pública. “Entretanto, mantendo-se a Administração ou os entes privados responsáveis, omissos na implantação das políticas públicas garantidoras dos direitos sociais, poderão ser questionados judicialmente”, afirma Luiza Cristina Frischeisen.<sup>121</sup>

## 2.5 OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

De que forma ambos os princípios relacionam-se e podem ajudar a combater a omissão estatal através do trabalho do Ministério Público? Precaução é substantivo do verbo precaver-se, sugerindo cuidados antecipados, que afastem o perigo em diversos âmbitos, não somente o risco eminente de certa atividade como também os riscos futuros, os quais – apesar da ciência e tecnologia hodierna – nem sempre podem ser completamente percebidos<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> FRISCHEISEN, *op.cit.*, pgs.135-136.

<sup>120</sup> Conforme Resolução n.87, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, de 6 de abril de 2010: Art. 23 - No exercício das atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, o órgão do Ministério Público, de ofício ou mediante provocação, poderá expedir, nos autos de inquérito civil ou procedimento administrativo, recomendações para que sejam observados os direitos e interesses que lhe incumba defender, dando, de tudo, publicidade pelo portal eletrônico do MPF.

§ 1º - A recomendação conterà o prazo para o seu cumprimento, bem como indicará as medidas que deverão ser adotadas.

§ 2º - Na hipótese de desatendimento à recomendação, se for o caso, o Ministério Público poderá instaurar inquérito civil, celebrar o compromisso de ajustamento de conduta ou promover a ação civil competente.

§ 3º - A expedição de recomendação não exime ou substitui a celebração de termo de ajustamento de conduta ou a propositura de ação civil pública, nos casos em que aquela não for suficiente à correção da irregularidade.(Incluído pela Resolução CSMPF nº 106, de 6.4.2010).

<sup>121</sup> FRISCHEISEN, **Políticas Públicas...**, 2000, p. 140.

<sup>122</sup> O princípio, essencialmente vinculado às políticas ambientais e impacto ao meio ambiente, teve seu desenvolvimento embrionário em matéria de proteção da camada de ozônio, aproximadamente nos anos 80. O princípio da precaução teve suas bases na Lei n.6.938/81 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Depois, pela Lei dos Crimes Ambientais(Lei 9.605/98) e convenções climáticas e de diversidade biológica firmadas pelo Brasil.

Conforme Juarez Freitas, no mundo jurídico não há uma certeza mecânica. Todavia, há certeza suficiente de que determinado dano ocorrerá se a rede de causalidade não for tempestivamente interrompida. Assim, não se pode admitir a inércia administrativa face a prejuízo previsível. Dessa forma, a omissão seria causa possível de evento danoso, e não apenas mera condição.<sup>123</sup>

Faz-se mister diferenciar os princípios da prevenção<sup>124</sup> e da precaução<sup>125</sup>. O primeiro caracteriza-se pelo maior grau de certeza de dano especial e anormal, tendo o Poder Público possibilidade de evitá-lo, podendo ser chamado de perigo concreto. O Estado, então, possui o ônus de produzir a prova da excludente de causalidade, como da “reserva do possível”. O segundo pressupõe o dever de a Administração Pública, de forma motivada, evitar evento que se imagine danoso, frente a juízo de verossimilhança e forte probabilidade, podendo ser chamado de perigo abstrato. Dessa maneira, o nexo de causalidade deve ser interrompido tempestivamente para não ocorrer prejuízo injusto, deveras superior aos gastos da eventual atividade interventiva.

Ambos os princípios têm, portanto, diferença no grau de probabilidade de ocorrência do dano, sendo um baseado na certeza e, o outro, na verossimilhança. Prevenir e precaver são “deveres indescartáveis” do agente público, nos dizeres de Juarez Freitas:

(...) prevenir e precaver, sem sufocar a ousadia e o risco necessário, são deveres indescartáveis do agente público, a serem estimulados pelo sistemático controle, para além dos voluntarismos decisionistas. Somente assim se alcançará efetiva justiça nas relações administrativas, numa ambiência estimulante a investimentos produtivos em escala suficiente para garantir o crescimento sustentável, o desenvolvimento humano e a afirmação, em tempo útil, do direito fundamental à boa administração pública, norte para qualquer controle digno do nome.<sup>126</sup>

Juarez Freitas<sup>127</sup> pondera que o Estado tem responsabilidade objetiva e proporcional quanto às condutas omissivas – causadas pela falta de precaução – e comissivas – excesso de precaução. Há, portanto, o dever de agir com precaução em se tratando de mal altamente provável e irreversível, sob pena de responder objetivamente pelos danos injustos. Tanto para

---

<sup>123</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009, pg.139.

<sup>124</sup> É possível prever-se, com segurança, o resultado prejudicial. Proporcionalmente a sua competência, nasce a obrigação e o dever administrativo de optar por medidas corretivas, a fim de evitar o dano antevisto. Seria o caso de remover populações que vivem em áreas de imenso risco à vida, como em uma encosta com possibilidade de desmoronamento.

<sup>125</sup> Princípio dotado de eficácia direta, estabelecendo a obrigação da tomada de medidas antecipatórias e proporcionais, mesmo quando houver incerteza quanto à produção de danos. Um exemplo seria a cautela na liberação de medicamentos, os quais devem ter seus efeitos colaterais previstos, supondo tempo razoável de monitoramento.

<sup>126</sup> FREITAS, **O controle...**, 2009, pg.144.

<sup>127</sup> *Ibidem*, pgs.15,16.

o exame das condutas comissivas quanto para as omissivas, deve-se analisar se as medidas de precaução foram tomadas tempestivamente ou, caso contrário, restou formado o nexo causal. Não havendo hipótese de excludentes<sup>128</sup>, que devem ser demonstradas pelo Poder Público, tem-se a ligação causal que faz emergir a responsabilidade objetiva por ação ou omissão do agente estatal.<sup>129</sup>

Freitas também aborda o princípio da prevenção, dizendo que neste antevê-se com segurança o resultado danoso:

A omissão passa – ou deveria passar - a ser entendida como causa jurídica de evento danoso, não mera condição. Com esta importante premissa adotada, na seara administrativa, eis o princípio da prevenção, em seus elementos de fundo: (a) alta e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo; (b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evitá-lo e (c) ônus do Estado de produzir a prova de excludente do nexo de causalidade. Em outras palavras, na prevenção, antevê-se, com segurança, o resultado maléfico e, correspondentemente, nos limites das atribuições normativas, surge a obrigação de o Estado tomar as medidas interruptivas da rede causal, de molde a evitar o dano antevisto<sup>130</sup>.

A precaução e a prevenção devem ser compreendidas como importantes instrumentos no combate à passividade estatal, seja para evitar danos prováveis ou evitar danos certos. Dessa forma, o Ministério Público e o Estado podem enriquecer em suas respectivas atuações com a finalidade de sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais, nunca tardando, como ilustra o estudo de caso do próximo capítulo.

---

<sup>128</sup> Como a reserva do possível, por exemplo.

<sup>129</sup> A configuração do nexo causal, conforme art. 37, parágrafo 6º. da Carta Maior, independe de culpa ou de dolo toda vez que a ação ou a inoperância do Estado prejudicar – por excesso ou falta de precaução - o cerne dos direitos fundamentais. Deve-se pensar na antijuridicidade e sua conseqüente extensão. Impõe-se objetivamente ao Estado a prova da exclusão do nexo causal.

<sup>130</sup> FREITAS, **O Princípio...**, Março/Abril 2008, p.4.

### 3 ESTUDO DE CASO: OMISSÃO DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS FRENTE ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Enfocar-se-á, por derradeiro, notadamente a partir da acertada atuação do Ministério Público, a perspectiva de um novo olhar sobre o controle judicial dos atos administrativos. O estudo de um caso concreto ajuda a compreender a teoria e a realidade, de modo a tornar essa percepção um reflexo do que vem sendo decidido nos tribunais, mormente no Supremo Tribunal Federal. O Recurso Extraordinário 482611 a ser comentado é apenas um exemplo dos entendimentos <sup>131</sup> firmados neste sentido. Ressalta-se que para essa pesquisa colaborou o Ministério Público do Estado de Santa Catarina com dados e informações para o acompanhamento da atuação do *parquet* frente à omissão do município de Florianópolis.

#### 3.1 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 482611

Abdon de Mello, em antiga coletânea jurisprudencial, registrou uma curiosa decisão de 7 de novembro de 1913, do Tribunal de Apelação do Estado do Rio de Janeiro: “O representante do Ministério Público não tem competência para propor, por si, ou em nome de menores, nenhuma ação contenciosa.”<sup>132</sup> Contemporaneamente, percebe-se a significativa mudança do seu perfil de atuação. Por meio da evolução histórica e das conquistas do *parquet* na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>133</sup>, a Constituição de

<sup>131</sup> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 367432 AgR/PR-Paraná, Min. Eros Grau, Julgamento em 20/04/2010, 2ª. Turma, Agravante: Estado do Paraná, Agravado:Ministério Público do Estado do Paraná).

<sup>132</sup> MELLO, Abdon de. **O Ministério Público e a Jurisprudência**. Porto Alegre: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial, 1944, p.243.

<sup>133</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLÍTICAS PÚBLICAS. ASSISTÊNCIA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE I – A DETERMINAÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA SOCIAL, JÁ PREVISTA NA CARTA MAGNA, NÃO CARACTERIZA INGERÊNCIA NO PODER EXECUTIVO. II - A ASSISTÊNCIA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE É DEVER DO ESTADO, QUE DEVE SER CUMPRIDO COM ABSOLUTA PRIORIDADE, – ART. 227 DA CF/88. III – AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO À PROTEÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS RELACIONADOS COM A CRIANÇA E O ADOLESCENTE, PARA DETERMINAR QUE O MUNICÍPIO

1988 foi o marco decisivo que o sagrou e ampliou sua função de defensor social. Nesse diapasão, o Ministério Público não só pode como deve ajuizar ação civil pública para a proteção dos direitos de crianças e adolescentes, entre outras formas judiciais e extrajudiciais de atuação.

Neste caso a ser estudado, o Ministério Público de Santa Catarina ajuizou diversas ações civis públicas a favor dos menores infantes, para que tivessem acesso ao programa de proteção e recuperação dos traumas sexuais vivenciados. Contudo, em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado acabou por prover os fundamentos que retiravam tal dever de execução do programa Sentinela do âmbito municipal, uma vez que seria vedado ao judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade traçados pelo Executivo.

Dessa forma, o *parquet* interpôs Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de que fosse sanada a omissão municipal. Para o relator, Ministro Celso de Mello, o não cumprimento do Programa Sentinela - Projeto Acorde -, em Florianópolis, representa omissão institucional, uma vez que a educação e a proteção infantil são determinações constitucionais. O ministro determinou, portanto, que o município executasse programa de atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso e exploração sexual, em conformidade com o art. 227 da Carta Maior<sup>134</sup>.

### 3.1.1 O PROGRAMA SENTINELA

O Programa Sentinela, do governo federal, teve na cidade de Santos a primeira cidade de São Paulo a firmar convênio, garantindo o repasse de recursos do Ministério da Assistência Social para entidades que cuidam de abuso e de adolescentes prostituídas. O Programa teve início dos trabalhos em 2001, durante a administração de Fernando Henrique Cardoso, sob a competência do antigo Ministério da Previdência e Assistência Social. Presente em mais de 300 cidades brasileiras, é complementado com a força de conselhos tutelares, instituições

---

DE FLORIANOPÓLIS DISPONIBILIZE IMEDIATA ASSISTÊNCIA A INFANTE, NO PROGRAMA SOCIAL SENTINELA – PROJETO ACORDE, QUE VISA ATENDER CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA E EXPLORAÇÃO SEXUAL. POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO INTERFERIR NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO JÁ PREVISTAS NO TEXTO DE 1988, POIS, COMO DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO, IMPORTAM EM UM FACERE OU PRAESTARE. IV - PARECER PELO PROVIMENTO DO APELO. (RE 482741/SC – REL. MIN. EROS GRAU -. JULGAMENTO: 14/12/2009 DJU - 08/02/2010).

<sup>134</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.



previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. O Projeto Sentinela, em Florianópolis, é dividido em outros três programas: o S.O.S Criança, o qual funciona como disque-denúncia de maus tratos, o MEL, de atuação preventiva junto às comunidades, e o ACORDE, que oferece o acompanhamento psicológico a crianças vítimas de violência ou exploração sexual.

Conforme informações do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, o Antigo Programa Sentinela, atualmente conhecido como Serviço de Enfrentamento à Violência, ao Abuso e a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes<sup>135</sup>, oferece um conjunto de procedimentos técnicos<sup>136</sup> especializados para atendimento e proteção imediata a crianças e adolescentes – englobando seus familiares - vítimas de abuso ou exploração sexual, com o objetivo de superação dos traumas vividos, recuperação da auto-estima e valorização de seus direitos. Assim, busca-se: 1) identificar o fenômeno e riscos decorrentes; 2) prevenir o agravamento da situação; 3) promover a interrupção do ciclo de violência; 4) contribuir para a devida responsabilização dos autores da agressão ou exploração; e 5) favorecer a superação da situação de violação de direitos, a reparação da violência vivida, o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, a potencialização da autonomia e o resgate da dignidade.

### 3.1.2 AS ALEGAÇÕES DO MUNICÍPIO

O município de Florianópolis apelou em ação civil pública de sentença que determinava a execução do Projeto Acorde para benefício de infante. O município alegara a impossibilidade jurídica do pedido, argumentando que o Poder Judiciário não poderia interferir na conveniência e oportunidade dos atos discricionários da Administração. No

---

<sup>135</sup> “O Serviço é desenvolvido no âmbito do Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, de abrangência local ou regional, devendo manter estreita articulação com os demais serviços da Proteção Social Básica e Especial, com as demais Políticas Públicas e instituições que compõem o Sistema de Garantia de Direitos.” Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Consulta no sítio: <http://www.mds.gov.br/programas/rede-suas/protecao-social-especial/programa-sentinela-protecao-social-as-criancas-adolescentes-vitimas-de-violencia>, acesso em 12/08/10.

<sup>136</sup> O programa “deve proporcionar atendimento psicossocial e jurídico por meio de procedimentos individuais e grupais, que considerem: a centralidade na família, visando à superação de situações adversas e a reconstrução/fortalecimento de vínculos familiares e comunitários; o compromisso fundamental de proteção à criança e ao adolescente; a necessidade de identificar o fenômeno e avaliar riscos; a compreensão da família em sua dinâmica interna e externa; e a necessidade de atenções específicas de caráter social, psicológico e jurídico a crianças, adolescentes e famílias. Finalmente, deve-se buscar, no processo de composição e articulação da rede local, alternativas para o atendimento e acompanhamento dos autores de agressão contra crianças e adolescentes”. Fonte: Sítio do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Consulta no sítio: <http://www.mds.gov.br/programas/rede-suas/protecao-social-especial/programa-sentinela-protecao-social-as-criancas-adolescentes-vitimas-de-violencia>, acesso em 20/09/10.

mérito, sustentou não haver possibilidade de atender ao pedido devido às limitações do ente público, uma vez que o planejamento orçamentário municipal não poderia ser comprometido. Alegou, também, que a sustentabilidade financeira do programa seria de competência do Governo Federal, sendo o município mero executor sem obrigação imperativa de atendimento de assistência às crianças e jovens vítimas de violência sexual. Assim, a inexecução do Programa não caracterizaria um descumprimento às normas da Constituição e às do Estatuto da Criança e do Adolescente, visto tratar-se de decorrência de norma programática de teor recomendatório ou orientador, conforme organização política e social do município. Sustentou também que, por decorrer a obrigação de norma não-imperativa, não poderia o Judiciário compelir o Executivo ao seu cumprimento. Seria defesa a invasão de competência do Poder Judiciário nos atos discricionários do Executivo, sob pena de se negar vigência ao princípio constitucional da harmonia e independência entre os Poderes, presente na Constituição Federal.<sup>137</sup>

### **3.2 O ENTENDIMENTO DO MINISTRO RELATOR**

No Recurso Extraordinário 482611 o Ministro Celso de Mello, em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>138</sup>, aderiu aos fundamentos invocados pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, assinalando que a proteção aos direitos da criança e do adolescente é um dos direitos sociais mais relevantes. Nesse sentido, o seu adimplemento impõe ao Estado o dever de uma prestação positiva, visto que o Poder Público somente se desobriga quando efetivamente existem condições dignas que respeitem os direitos fundamentais.

No entendimento de Celso de Mello, o Programa Sentinela visa à justiça social, com inegável valor constitucional de solidariedade social, devendo todas as crianças ser tratadas como sujeitos de direito de proteção especial. A não-realização do previsto pelo legislador constituinte do que está previsto na Carta Maior para a proteção de crianças e adolescentes vitimados caracteriza uma inconstitucionalidade por omissão imputável ao Estado, bem como representa uma irresponsabilidade na adoção e na escolha de políticas públicas.

O Poder Público tem um fundamental compromisso constitucional para que as políticas públicas sejam efetivamente realizadas e os preceitos constitucionais operantes e

---

<sup>137</sup> Constituição Federal, art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>138</sup> AI 583.136/SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 503.658/SC, Rel. Min. EROS GRAU.

exeqüíveis, segundo a compreensão do ministro. Sobre o assunto, corrobora com precisão Luiza Cristina Frischeisen acerca do papel do *parquet* para a concretização dos preceitos constitucionais:

Considerando-se que os direitos sociais realizam-se pela efetiva implantação das diretrizes da ordem social constitucional, o Ministério Público está legitimado, constitucionalmente e legalmente, a exigir da Administração o efetivo cumprimento dessa ordem, pois a omissão ou a interpretação da Constituição de forma a impedir o real exercício dos direitos sociais pelos cidadãos, torna possível a discussão sobre a constitucionalidade, legalidade, finalidade e razoabilidade do ato administrativo (política pública) e a eventual judicialização da questão.<sup>139</sup>

O Ministério Público, portanto, deve exigir o cumprimento das diretrizes da ordem social constitucional também por intermédio do Judiciário. Conforme decisão<sup>140</sup> de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45, proferida igualmente pelo Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal não pode demitir-se da missão de efetivar direitos fundamentais dos mais diversos, dado sua dimensão política da jurisdição constitucional a ele outorgada. A seguir, realizar-se-á uma abordagem dos mais relevantes fundamentos do voto do ministro no Recurso Extraordinário 482611 em estudo.

### **3.2.1 IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, EXCEPCIONALMENTE, PELO JUDICIÁRIO**

“Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>141</sup>. Este é o conceito apresentado por Maria Paula Dallari Bucci.

<sup>139</sup> FRIESCHEISEN. *Políticas Públicas...* 2000, p.123.

<sup>140</sup> ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

<sup>141</sup> DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.241

Celso de Mello fundamenta que o encargo de formulação de políticas públicas seria, primariamente, do Legislativo e do Executivo. Porém, excepcionalmente, a implementação de políticas públicas fundadas na Carta Maior pode ser atribuída ao Judiciário, quando os órgãos estatais responsáveis vierem a descumprir com suas obrigações. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal considera a inércia governamental uma grave inconstitucionalidade do Poder Público: total, quando nenhuma providência é tomada e parcial, quando insuficiente a medida efetivada.

A prestação positiva dos direitos depende de um vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. Luis Roberto Gomes defende com propriedade a ideia de que, quando a hipótese é de intervenção no negócio público conforme o disposto no ordenamento jurídico, a simples alegação de dificuldade financeira não pode constituir óbice ao dever de agir do Poder Público:

Todavia, quando identificada hipótese em que viável a intervenção na condução de negócio público ante o que dispõe o ordenamento jurídico, a simples alegação de dificuldade financeira ou orçamentária não tem o condão de impedi-la por si só (...) Omitindo-se pois o Poder Público, e sendo a omissão ilícita ante o que preconiza o ordenamento jurídico, é possível a interferência do Ministério Público e do Judiciário, não constituindo óbice a diretriz orçamentária.<sup>142</sup>

A intervenção do Ministério Público e do Judiciário é, pois, possível e legítima quando da omissão estatal. Não pode o Estado criar dificuldades ao gerir seus recursos, frustrando expectativas e deveres, pois ele tem de agir com organização e planejamento, uma vez que a diretriz orçamentária não poderá ser óbice à defesa de direitos fundamentais.

### 3.2.2 A RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria da reserva do possível não se restringe à existência de recursos materiais suficientes para a concretude do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas à sua efetivação. Segundo a análise de Ingo Sarlet, “a transposição da teoria para o direito brasileiro remete à hipótese de uma teoria da reserva do financeiramente possível quando se é considerado como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária.”<sup>143</sup> Além da dependência da

---

<sup>142</sup>GOMES. **O Ministério...** 2003, pgs.131-132.

<sup>143</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 286.

efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, o mesmo também deve ter capacidade jurídica de dispor.

De acordo com o entendimento de Fernando Borges Mânica, o Estado deve estabelecer prioridades em suas escolhas, as quais refletem a implementação de políticas públicas. Essa implementação depende de previsão e execução orçamentária. As escolhas devem ser baseadas no grau de essencialidade do direito em questão, ponderando bens e interesses, conforme os critérios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade específica da natureza da providência judicial almejada.

Em última análise, a aplicação da *teoria da reserva do possível* implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Isso significa que a inexistência efetiva de recursos e ausência de previsão orçamentária são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial deve tomar forma. Assim, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens. Além disso, deve participar do processo de ponderação a natureza de providência judicial almejada, em especial no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado. Por fim, outros elementos devem participar do processo de ponderação, como o grau de essencialidade do direito fundamental em questão, as condições pessoais e financeiras dos envolvidos e eficácia da providência judicial almejada. Assim deve ser entendida a *teoria da reserva do possível*.<sup>144</sup>

A proteção à criança e ao adolescente é típico direito de prestação positiva, compreendendo as prerrogativas individuais e coletivas, referidas no art. 227 da Constituição. Esta densidade normativa, como destaca Celso de Mello na decisão do RE 482611,

não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.<sup>145</sup>

Aos municípios cabe a atuação no ensino fundamental e na educação infantil e - havendo uma prerrogativa constitucional - por sua alta significação social, há a obrigação de criar condições objetivas do “*facere*” específico, da prestação estatal positiva vinculante.

---

<sup>144</sup> MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 5, n.18, p.169-186, jul./set.2007.

<sup>145</sup> RE 482611/SC, Rel. Min.Celso de Mello. Julgamento 23/03/2010, DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010.

Assim, o administrador não tem ilimitada discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e a conveniência acerca do desenvolvimento de políticas públicas da ordem social constitucional, mas deve implementá-las com responsabilidade e eficiência. Neste caso, portanto, não há espaço para a excludente da reserva do possível.

Maria Paula Dallari Bucci defende, em linha convergente, que a efetivação do princípio da eficiência tem íntima relação com o equilíbrio e com a conjugação dos custos sociais e a formação de uma consciência de ação coletiva para o povo:

Eficiência é uma palavra que conota a proporcionalidade material entre os fins e os meios. A despeito da importância do aspecto econômico no conceito, expresso na relação entre custos e benefícios, a efetivação do princípio da eficiência deve ser mensurada também em termos dos custos sociais de determinadas estruturas e práticas administrativas e sua repercussão sobre a formação de uma consciência de ação coletiva, de interesse público, nos cidadãos.<sup>146</sup>

Por meio dessa consciência de interesse público e a ponderação e racionalização de custos, um mero juízo de conveniência e oportunidade não pode privar crianças e adolescentes de seus direitos básicos. É preciso elevar o valor de garantia da dignidade humana e o respeito incondicional à “Lei Fundamental da República”. Destaca-se o fundamento da decisão monocrática ora analisada, proferida pelo Ministro Celso de Mello:

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.<sup>147</sup>

Tratar, adubar e preencher os buracos das omissões inconstitucionais é oxigenar a terra, constituindo-se dever institucional quando da omissão dos órgãos do Poder Público. Bem como o Ministro Relator comenta em sua decisão: “a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário”<sup>148</sup> e, nesses processos informais de mudanças, concretiza-se não só o desrespeito à ordem jurídica maior, como também ao interesse público. Portanto, identificada a hipótese em que há pressupostos para intervir no negócio público, a alegação da dificuldade orçamentária não pode prosperar.

---

<sup>146</sup> DALLARI BUCCI. *Direito ...*, 2006, p.183.

<sup>147</sup> RE 482611/SC, Rel. Min.Celso de Mello. Julgamento 23/03/2010, DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010.

<sup>148</sup> ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora.

### 3.2.3 AS NORMAS PROGRAMÁTICAS

O posicionamento de parte da doutrina considera as normas programáticas como vagas, amplas e com baixa efetividade social, e, desse modo, as mesmas não gerariam direitos subjetivos públicos para os cidadãos. Porém, há que se refletir que, apesar de elas dizerem respeito a diretrizes futuras a serem implementadas, as mesmas representam um caminho a ser seguido pelo Poder Público concretamente. Dessa forma, as referidas normas traçam princípios a serem cumpridos, visando à realização dos fins sociais do Estado por meio de programas de ação. Assim, é possível perceber que possuem eficácia jurídica e caráter cogente, tendo como destinatários todos os entes políticos que se inserem na organização federativa do país e vinculam seus destinatários.

Não há fundamento em elaborar uma Constituição sem o ânimo de honrá-la por completo. Celso de Mello afirma que “A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever”<sup>149</sup>. Por meio de fortes e sensatas palavras, o ministro fundamenta que o não cumprimento do dever reflete o gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a Lei Fundamental do Estado.

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público. O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente.<sup>150</sup>

Tratando-se da proteção à dignidade de crianças e adolescentes, faz-se mister a execução de um programa de ação, não podendo pairar os direitos fundamentais sob a morosidade e a inércia da Administração Pública. Embora as normas programáticas regulem direitos sociais em sentido principiológico, tal fato não pode obstaculizar a sua concreção. Nesse sentido, têm papel essencial os princípios da proporcionalidade e da responsabilidade, os quais devem ser compreendidos e aplicados de forma sistemática, a favor da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais.

---

<sup>149</sup> RE 482611/SC, Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento 23/03/2010, DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010.

<sup>150</sup> Idem.

### 3.2.4 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Luis Roberto Gomes pondera,<sup>151</sup> com acerto, que não é suficiente dizerem-se repartidos os poderes, visto que é necessária – ao lado da independência – a existência de mecanismos de freios e contrapesos que assegurem ponderado e responsável da máquina estatal. Neste contexto, para tanto, inclui-se o Ministério Público<sup>152</sup>, para frear ou para movimentar a Administração conforme exija a dinâmica prevista pelo ordenamento jurídico:

Com efeito, sendo o *parquet* constitucionalmente legitimado para a defesa da ordem jurídica, da qual a harmonia entre os poderes é princípio fundamental, cabe-lhe agir para restaurar o equilíbrio violado, principalmente quando se resultar lesão a direitos difusos e coletivos. (...) Certamente que o princípio da separação dos poderes não restaria maculado por prestação jurisdicional concedida em ação civil pública que objetivasse, por exemplo, a supressão da omissão administrativa ilícita na implementação de direitos assegurados pela ordem jurídica. Muito pelo contrário, a prestação jurisdicional incidiria justamente para salvaguardar o equilíbrio dos poderes.<sup>153</sup>

Sobre o assunto, Fábio Konder Comparato apresenta o seguinte fundamento: “No atual contexto político, a separação dos poderes apresenta-se como o remédio mais eficaz contra os erros ou desvios técnicos na condução das políticas públicas, propiciando o estabelecimento de controles múltiplos e recíprocos entre os órgãos estatais.”<sup>154</sup> Quando o Judiciário é provocado com a finalidade de garantir o cumprimento das leis, e reconhece que o executivo não está cumprindo seu dever legal, reconhece a omissão antijurídica que a ação civil pública visa combater, “funcionando como instrumento de restauração da ordem jurídica violada e, portanto, de retorno ao estado de equilíbrio entre os poderes.”<sup>155</sup> A ação civil pública serve, assim, como “instrumento de implementação de política pública na área da infância e juventude prevista em lei, garantindo o equilíbrio entre os poderes ao obrigar-se o Poder Executivo municipal ao cumprimento de diretriz emanada do Poder Legislativo Federal.”<sup>156</sup>

<sup>151</sup> GOMES. **O Ministério...**, 2003, pgs. 114-115.

<sup>152</sup> Está previsto na Lei Complementar 75/93 – Lei Orgânica do Ministério Público da União: Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios: e) a independência e a harmonia dos Poderes da União.

<sup>153</sup> GOMES, *op.cit.*, p.115.

<sup>154</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

<sup>155</sup> GOMES, *op.cit.*, p.116.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p.117.



### 3.3 DISCRICIONARIEDADE E A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após a reflexão dos principais fundamentos que nortearam a decisão do paradigmático caso, analisar-se-á a convergência entre discricionariedade administrativa e a boa administração pública. A possibilidade de controle paira precisamente no exame da discriminação da apreciação discricionária do administrador, uma vez que a escolha efetuada deve ser compatível com o ordenamento jurídico e com o interesse público. Luis Roberto Gomes aponta os elementos para que o *discrímen* (que dá suporte à omissão de cumprir determinada prestação estatal) seja válido:

Cumpra observar que em toda omissão derivada de apreciação discricionária do administrador reside subjacente uma discriminação (...). Mostra-se interessante como critério de avaliação da legitimidade da omissão e da possibilidade de controle justamente o exame da discriminação, se compatível ou não com a ordem jurídica e com o interesse público (...). Pode-se afirmar que são necessários os seguintes elementos para que o *discrímen* que dá suporte à omissão de cumprir determinada prestação estatal seja válido: a) as situações desequiparadas devem ser efetivamente distintas entre si; b) deve-se manter uma correlação lógica entre o fator diferencial e a opção pela omissão administrativa; c) deve-se respaldar num vínculo de correlação que obedeça a uma relação de pertinência em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, a diferenciação que resulta na omissão deve ser fundada em razão valiosa, à luz da Constituição, para o bem público.<sup>157</sup>

O Poder Público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. Conforme Juarez Freitas<sup>158</sup>, o Estado Constitucional pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas. Não se admite, portanto, a discricionariedade pura, sem limites. Assim, impõe-se controlar ou mitigar os vícios dos excessos, dos desvios ímprobos e das omissões.

Luiza Cristina Frischeisen pondera que a margem de discricionariedade administrativa reside na escolha da melhor, mais adequada e mais razoável maneira de alcançar a finalidade constitucional e da legislação integradora, utilizando-se dos meios corretos:

A margem de discricionariedade da administração no cumprimento da ordem constitucional social está em escolher, se a lei assim possibilitar, a melhor forma de atingir a finalidade da norma constitucional e da legislação integradora, adequando-lhes aos casos concretos. A discussão não se dará quanto ao dever do administrador, mas sim quanto aos meios que está usando para a implementação de políticas públicas, se o escolhido era o melhor, o mais adequado, o mais razoável para possibilitar o eficaz exercício dos direitos sociais. A omissão, portanto, não se coloca entre as opções razoáveis da Administração para a consecução das normas da ordem social constitucional, pois que a Constituição e a legislação integradora impõem ao administrador o dever de agir e, na hipótese, já não se pode argumentar

<sup>157</sup> GOMES, O Ministério...2003, pgs.153-154.

<sup>158</sup> FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

com a ausência da lei (que seria objeto de mandado de injunção ou ação direta de inconstitucionalidade).<sup>159</sup>

Freitas aborda o vício da discricionariedade insuficiente<sup>160</sup> – arbitrariedade por omissão –, que é a hipótese em que o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com insuficiência, faltando com os deveres da precaução e prevenção. Não se pode deixar de fazê-lo por mero juízo de conveniência e oportunidade, como no caso de omissão do município de Florianópolis, ao escolher não executar o Programa Sentinela. O direito fundamental à boa administração pública abrange imediata eficácia em nosso sistema constitucional, conforme salienta o autor:

O direito fundamental à boa administração pública, assimilado com rigor, favorece a releitura da responsabilidade do Estado, notadamente para combater, além dos excessos da discricionariedade, a omissão, o não-exercício devido das competências discricionárias. Revela a inoperância, violando a proporcionalidade.<sup>161</sup>

Segundo Celso de Mello, acerca da conduta estatal desrespeitadora de preceitos fundamentais:

A conduta estatal que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.<sup>162</sup>

Assim é definido o descumprimento de vigilância do Poder Público: de maior gravidade político-jurídica. É preciso realizar uma releitura da responsabilidade estatal para combater a discricionariedade excessiva e a omissão. A boa administração pública começa com o respeito à Constituição e, a partir do planejamento organizacional, dirigir e limitar a discricionariedade para a operância responsável e proporcional à dignidade dos cidadãos.

### **3.4 UM NOVO PERFIL DE MINISTÉRIO PÚBLICO: DE ÓRGÃO INTERVENIENTE PARA ÓRGÃO AGENTE CO-DETERMINADOR DA CONSTITUIÇÃO**

O Ministério Público não mais esgota sua atuação em atividades puramente processuais ou de *custos legis*, dado que passa a assumir “a responsabilidade pela solução (não necessariamente processual, nem mesmo judicial) dos problemas e questões de sua

<sup>159</sup>FRISCHEISEN. *Políticas Públicas...*, 2000, pgs.114-115.

<sup>160</sup> FREITAS, *Discricionariedade...*2007, p.25.

<sup>161</sup>Ibidem, p.62.

<sup>162</sup> RTJ 185/794-796, Min. Celso de Mello, Pleno.

alçada. Em outras palavras, assume a responsabilidade pela defesa direta e imediata dos interesses confiados a sua tutela”<sup>163</sup>, refletem Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Junior. Os autores comentam que o papel de defensor da sociedade colocará o Ministério Público, com freqüência, em litígio com o Poder Público, visto que há diversas e graves deficiências verificadas na atuação da Administração em prol do bem-estar social:

Esse papel institucional há que ser exercido inclusive em oposição a agentes do próprio Estado, se for o caso, pois no sistema de freios e contrapesos concebido pelo constituinte foram conferidas ao *parquet* funções institucionais que o colocam agora no papel de verdadeiro ombudsman. São atribuições relacionadas diretamente com o controle do Executivo e do Legislativo, como a ação direta de inconstitucionalidade, a fiscalização do patrimônio público e dos serviços de relevância pública, a representação para fins de intervenção e o funcionamento perante o Tribunal de Contas. A isto se acrescenta o combate aos crimes praticados pelos agentes públicos contra a Administração Pública, em especial o peculato, a corrupção e a prevaricação. A estrita observância dos princípios constitucionais como os da moralidade, da legalidade e da finalidade, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão nos atos da Administração são ainda objeto dessas relevantes funções.<sup>164</sup>

A importância da atuação ministerial com o perfil de órgão agente vem crescendo. Observa-se que o art.129<sup>165</sup> da Constituição Federal utiliza quatro vezes o verbo “promover”.<sup>166</sup> A função ministerial, assim, guarda enorme relação com a questão de acesso à Justiça. É o órgão que pode e deve obter junto ao Judiciário decisões tendentes a solucionar conflitos e a proteger bens e valores de interesse de toda a sociedade, sinalizam Camargo

<sup>163</sup> CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto Mello de. e GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. “**A necessária elaboração de uma nova doutrina de MP, compatível com seu atual perfil constitucional**” In: CAMARGO FERRAZ (Coord.), Ministério Público-Instituição e Processo. São Paulo: Atlas, 1999, p.20.

<sup>164</sup>CAMARGO FERRAZ e GUIMARÃES JÚNIOR. “**A necessária...**”, 1999, p.21.

<sup>165</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

<sup>166</sup> GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. “**Papel Constitucional do Ministério Público.**” In: CAMARGO FERRAZ (Coord.), Ministério Público-Instituição e Processo. São Paulo: Atlas, 1999, p.96.

Ferraz e Guimarães Júnior<sup>167</sup>. O art. 129, II, da Constituição Federal apresenta o dever institucional do Ministério Público de respeitar os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública aos direitos constitucionais, como o de execução de programa de proteção às vítimas de abuso sexual, como neste caso de estudo. Há, porém, leis mais antigas que consagram o *parquet* como órgão interveniente, sua função mais típica, até porque exclusiva. As novas perspectivas institucionais trazidas pela Carta Maior e pela legislação extravagante – Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, Lei Anticorrupção, entre outros – sinalizam também a vocação de órgão promovente.

Órgão agente não significa apenas a atuação perante o Judiciário, por meio de ação civil pública. Deve-se considerar sua fundamental atuação extrajudicial, que têm relação com a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução. Camargo Ferraz e Guimarães Júnior dissertam acerca dos problemas que a função interveniente pode causar<sup>168</sup>: pouca abrangência de sua atuação (limitada aos interesses das partes do processo); atuação predominante perante parcelas mais favorecidas da população (que ocorrem mais frequentemente ao Judiciário); zelo por interesses individuais disponíveis, e, em muitos casos, posição de passividade pela falta de domínio sobre as questões postas em Juízo; risco de despersonalização pela assunção de postura diversa daquela indicada de forma preponderante pela Constituição Federal.

O Ministério Público deve estabelecer, portanto, estratégias de atuação considerando o alcance social e a repercussão concreta de cada uma de suas atribuições. Preceitua Luis Roberto Gomes que a atuação ministerial deve sempre estar voltada ao caso concreto e, uma vez identificada a omissão administrativa, analisar a compatibilidade com os valores constitucionais para refletir se constitui-se caso de interferência do *parquet*:

Se não há escala genérica de prioridades e nem recursos suficientes para atendê-las todas, poderiam o Ministério Público e o Judiciário romper a barreira representada pela discricionariedade, recomendando ou ordenando ao administrador a concretização de determinada medida, a fim de suprimir a omissão estatal e de garantir a observância de determinado direito constitucionalmente assegurado? (...) A ação ministerial deve sempre estar voltada para o caso concreto. Somente diante de situação fática definida é que será possível avaliar se é caso ou não de interferência na omissão administrativa. E uma vez identificada situação concreta, ou seja, a omissão administrativa determinada no tempo e no espaço, deve-se então verificar se a discriminação é compatível com os interesses constitucionalmente protegidos.<sup>169</sup>

A análise do caso concreto ajuda a concentrar esforços nas peculiaridades dos problemas a serem enfrentados, uma vez que desafios diferentes apresentam-se à sociedade e

---

<sup>167</sup> CAMARGO FERRAZ e GUIMARÃES JÚNIOR, “A necessária...”, 1999, p. 22.

<sup>168</sup> Ibidem, 1999, p.28.

<sup>169</sup> GOMES, O Ministério..., 2003, pgs. 151-153.

ao Poder Público. Mais do que litigar, é necessário investir no diálogo por meio dos instrumentos extraprocessuais propostos pelo Ministério Público. As demandas futuras exigirão simplicidade de ação, a fim de tornar também menos morosas e desgastantes as causas. Dialogar com o Poder Público sobre uma escala de prioridades por meio de audiências públicas parece representar uma alternativa viável e eficaz à resolução de muitas demandas.

Em que pese a análise do caso concreto à luz dos preceitos constitucionais, Ada Pellegrini Grinover afirma que sem a eficácia os processos coletivos não têm sua razão de ser. A sentença coletiva deve facilitar com celeridade o acesso à justiça, caso contrário, não representará ganho para o povo:

Mas, mesmo no Brasil, não se poderá dar preferência aos processos coletivos, se estes não se revestirem de eficácia, no mínimo legal, à que pode ser alcançada em processos individuais. Se uma sentença coletiva não servir para facilitar o acesso à justiça, se os indivíduos forem obrigados a exercer, num processo de liquidação, as mesmas atividades processuais que teriam que desenvolver numa ação condenatória de caráter individual, o provimento jurisdicional terá sido inútil e ineficaz, não representando qualquer ganho para o povo.<sup>170</sup>

A eficácia também possui próxima relação com prevenção e a precaução. É preciso verificar, portanto, se o nexos causal se estabeleceu ou não, por meio da análise das medidas exigíveis de precaução que deveriam ter sido tomadas tempestivamente, ou da prevenção, ao tomar o Estado medidas interruptivas da rede causal, para impedir o dano antevisto.<sup>171</sup> A inércia do Poder Público deve ter responsabilização proporcional, uma vez que a omissão é causa – e não mera condição – do dano, como acertadamente pondera Juarez Freitas: “a omissão passa – ou deveria passar – a ser encarada como uma causa jurídica de evento danoso, não mera condição.”<sup>172</sup> Sabe-se que o Estado não pode ser considerado segurador universal, todavia não pode estar omissos no cumprimento de seus deveres defensivos ou prestacionais positivos.

---

<sup>170</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade.** Revista de Processo, n.101, p.72.

<sup>171</sup> FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2006, p.187.

<sup>172</sup> Ibidem, loc. cit.

### 3.5 INFORMAÇÕES OBTIDAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA: 10ª. PROMOTORIA DE JUSTIÇA - INFÂNCIA E JUVENTUDE – NA CIDADE DE FLORIANÓPOLIS

Há três promotorias que atuam na área da Infância e Juventude em Florianópolis: a 9ª., a 10ª. e a 15ª. A 10ª. Promotoria de Justiça informou que vem combatendo a omissão municipal por meio do Programa Sentinela desde 2002. Estima-se que 1.400 (mil e quatrocentas) famílias foram beneficiadas com a atuação do Ministério Público Estadual quando da inércia municipal na demora do atendimento às mesmas, formando uma lista de espera muito expressiva.

Conforme informações da Promotoria, o Programa Sentinela funcionava da seguinte forma antes da atuação ministerial: “Até o ano de 2004 as denúncias que necessitavam da intervenção do Programa Sentinela eram encaminhadas por meio do SOS Criança e pelo Conselho Tutelar, sem qualquer intervenção prévia. Não existia controle de denúncias repetidas ou falsas, fazendo com que o número de casos sem atendimento chegasse a 1830 (mil oitocentos e trinta). Segundo dados da Secretaria Municipal de Assistência Social do Município de Florianópolis, em 2004 o Conselho Tutelar passou a atender as denúncias e, mais tarde, encaminhar ao programa os casos específicos. Posteriormente, a prefeitura executou o projeto Planejamento Estratégico II (SENTINELA) que atendeu, no ano de 2005, aproximadamente um mil quatrocentas e setenta e três famílias, que se encontravam na fila de espera, sendo que, destas, oitocentas e nove foram encerradas e outras seiscentas e cinquenta e uma ficaram no aguardo do diagnóstico . O ‘Sentinela na Comunidade’ é outro exemplo destes avanços, que realizou o trabalho de prevenção com famílias, também em lista de espera, nos anos de 2007 e 2008, atingindo em torno de trezentos e cinquenta atendimentos”<sup>173</sup>.

Atualmente, o Programa Sentinela possui as seguintes equipes:

- a) Diagnóstico: atendimento psicossocial *in locu* das denúncias recebidas, com o fim de obter um diagnóstico da violência, bem como definir e encaminhar as medidas de proteção e de responsabilização cabíveis;
- b) Acompanhamento: acompanhamento sistemático das famílias com diagnóstico de procedência para violência, visando minimizar os elementos de risco e maximizar os elementos de proteção;

---

<sup>173</sup> Dados extraídos do ofício n. 362/09 expedido pela Secretaria Municipal de Assistência Social em 14 de abril de 2009. (IC n. 06.2007.000146-9).

c) Prevenção: ações de prevenção primária, secundária e terciária de violência contra crianças e adolescentes;

d) Diagnóstico de demanda reprimida: atendimento psicossocial das famílias constantes na lista de demanda reprimida 2001/2007.

Todos esses dados demonstram que, de fato, a atuação do Ministério Público fez a diferença na vida das crianças e dos adolescentes vitimados, bem como de suas famílias. Sobre as efetivas transformações que ocorreram após as decisões em diversas ações civis públicas (especialmente o RE 482611), a Promotoria ressaltou a mudança de postura do Município, a implementação do “Projeto Estratégico”, o qual potencializa o atendimento da demanda reprimida existente no Sentinela, bem como o aumento do orçamento destinado ao programa. Essas foram significativas mudanças impulsionadas pelo *parquet*.

Todavia, há que lamentar o fato de que o processo judicial brasileiro é moroso. Assim, diante da demora para a resolução do deslinde, alguns jovens foram atendidos após aguardarem por anos na demanda reprimida. A inércia municipal também se refere à insuficiência da contratação de profissionais especializados para trabalhar no programa. Atualmente, a contratação para a equipe de Diagnóstico de demanda reprimida é realizada por licitação. Os demais funcionários fazem parte do quadro de servidores concursados.

Pelos dados analisados, percebe-se que mesmo os atos discricionários da Administração devem estar em consonância com os pressupostos constitucionais, na análise concreta da conveniência e da oportunidade, vinculados ao dever de proteção que o Estado deve assegurar a todos. A execução de programas que visam à reintegração e a ressocialização de crianças e adolescentes não pode resultar em mera escolha. A vinculação constitucional pressupõe a eleição de prioridades no que concerne aos bens mais elevados da sociedade. O Estado tem o dever de agir e, se não age, o Ministério Público é constitucionalmente legitimado a atuar em prol da dignificação da coletividade sem olvidar do valor da unicidade de cada cidadão.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, faz-se mister destacar duas premissas essenciais que guiaram a linha de raciocínio do estudo: 1) O Estado não pode tardar frente à omissão inconstitucional, e há diversas previsões normativas constitucionais e infraconstitucionais na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; 2) O Ministério Público deve atuar no controle da omissão estatal, utilizando-se de sua consolidação estrutural como instituição defensora de direitos fundamentais.

O trabalho procurou abordar a passagem do Ministério Público de órgão interveniente para órgão agente, atribuição que vem crescendo dado às transformações sócio-político-culturais no tempo, com o surgimento de novas e desafiadoras demandas em proteção à coletividade. Não resta suficiente ao Ministério Público atuar apenas na defesa dos direitos subjetivos públicos garantidos na Carta Maior sem a exigência de efetivo cumprimento das transformações propostas. Este estudo teve o objetivo de refletir sobre as formas – com destaque à via judicial - que o *parquet* dispõe para exigir esse dever constitucional pautado no cumprimento e na implementação de políticas públicas. Assim, o Ministério Público é instituição legitimada a atuar no controle da omissão administrativa.

O controle da omissão estatal caracteriza-se por ser um controle de legalidade. No que se refere ao ato vinculado, no qual não há margem para opções pelo agente público, seu controle é pacífico. O ato discricionário - apesar de atender aos interesses de conveniência e oportunidade do Estado, inseridos na complexidade de casos cotidianos – não deixa de ser ato vinculado também, uma vez que a Lei confere implícita ou explicitamente o poder ao administrador. Assim, o agente administrativo possui limites em sua ação, sendo essencial diferenciar, por meio da proporcionalidade, se a discricionariedade é justificada e aceitável ou consiste em pura inércia e descaso do Poder Público. A inércia, definitivamente, não compactua com a moralidade administrativa, tampouco com os demais princípios da Administração Pública.

Outrossim, há sempre que analisar os fundamentos de oportunidade e conveniência alegados pelo Estado, uma vez que o Poder Público deve agir para alcançar os fins previstos na Constituição e na normatização infraconstitucional. É relevante verificar se o *discrímen* em questão - ou se o sacrifício a ser suportado por uma omissão - é passível ou não de persistir



para o específico caso concreto a ser observado. O referido *discrímen* deve ser analisado sob a perspectiva de que as situações desequiparadas devam ser distintas entre si, mantendo-se uma correlação lógica entre o fator diferencial e a opção pela omissão administrativa - respaldando-se num vínculo de correlação que obedeça a uma relação de pertinência em função dos interesses constitucionalmente protegidos, conforme ideia do autor Luis Roberto Gomes, que tem sua posição defendida nesse trabalho.

Quando a omissão estatal for desproporcional e anômala, há que se falar não somente em ilicitude, como também em antijuridicidade configurada no plano principiológico. Há o grave dever de proteção aos princípios e regras do ordenamento pelo Poder Público por meio da acertada prudência em seu dever de vigilância, que pressupõe a adoção da teoria do risco administrativo. A responsabilidade objetiva do Estado deve ser entendida à luz da proporcionalidade, sem olvidar dos princípios da prevenção e da precaução.

O Poder Público tem a possibilidade de evitar o evento danoso por meio do princípio da prevenção, que deve ser utilizado quando há um perigo concreto, com um grau de certeza de dano especial e anormal. Por outro lado, o princípio da precaução pode ajudar a evitar o evento que se imagine danoso, frente a um juízo de verossimilhança e grande probabilidade: eis o perigo abstrato. Nesse caso, o nexo de causalidade deve ser interrompido tempestivamente para não ocorrer prejuízo injusto e superior aos gastos da eventual atividade interventiva.

A sociedade espera uma resposta à omissão inconstitucional e, portanto, o Poder Judiciário - por meio da atuação ministerial - é legitimado a intervir nas políticas públicas. Como instituição permanente e defensora dos interesses sociais, conforme o art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público deve cada vez mais fazer jus à sua história, ao papel que ocupa em nosso regime democrático, à confiança da população e ao seu elevado *status* constitucional de instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

O controle da omissão pelo Ministério Público dá-se, mormente, pela via judicial por meio da ação civil pública, com a cominação de obrigações de fazer e de não-fazer ao Poder Público. A análise dos casos em concreto, com suas especificidades e características, é fundamental para o entendimento, construção de estratégias e viabilização do orçamento pela Administração. Por meio dos recursos disponíveis e de uma escala de prioridades, o Ministério Público deve interferir na discricionariedade estatal, sugerindo ou impondo ao administrador medida que represente verdadeiro saneamento.

Não obstante ser a ação civil pública o instrumento mais tradicional para a ação ministerial como parte no processo, grande relevância o termo de ajustamento de conduta, a

recomendação e o inquérito civil possuem na esfera extraprocessual, de forma a mitigar o espírito de litigiosidade e morosidade enraizado no sistema brasileiro. As futuras demandas estarão necessitadas de simplicidade e de boas estratégias, ou seja, não subsistirão sem o diálogo frutuoso e ponderado com os princípios da prevenção e precaução utilizados em conjunto com os instrumentos extraprocessuais.

O art.129, II, da Constituição Federal, prevê o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta Maior, de modo que sejam promovidas as medidas necessárias à sua garantia. O Ministério Público conquistou esses preceitos como parte de seu dever institucional. O Programa Sentinela é de extrema relevância pública e precisa ter sua execução garantida plenamente. Assim, não há margem para prosperar argumentos como os de falta de previsão orçamentária, os de violação à separação dos poderes ou os de baixa efetividade das normas programáticas quando se trata de proteção aos direitos fundamentais constitucionais, por exemplo.

O devido planejamento para o caso concreto propicia a proporcional utilização dos recursos, de acordo com as prioridades eleitas pelo Poder Público. É legítimo o reconhecimento de omissão antijurídica pelo Judiciário quando provocado para garantir o respeito à legislação vigente e aos atos administrativos. Dessa forma, o controle da atuação do Poder Executivo configura-se como instrumento fortalecedor do equilíbrio dos poderes. Por outro lado, as normas programáticas mostram-se concretamente efetivas, uma vez que apontam o sentido principiológico a ser seguido pelo planejamento efetuado.

A 10ª. Promotoria da Infância e Juventude de Florianópolis colaborou expressivamente para a conclusão deste trabalho, por meio de diversas informações a respeito do funcionamento do Programa Sentinela e da atuação do Ministério Público. Percebeu-se que não há escusas para a omissão municipal e para a morosidade de atuação do ente público. Aproximadamente mil e quatrocentas famílias já foram beneficiadas por meio de atendimento psicossocial, do estudo do diagnóstico da violência, do acompanhamento das medidas de proteção e responsabilização cabíveis e das ações de prevenção.

Portanto, o estudo de caso por meio do Recurso Extraordinário 482611 e da notável decisão do Ministro Celso de Mello, contribuiu para perceber que esta atuação ministerial como parte agente tende a crescer e a fazer a diferença para a melhor integração entre sociedade, Ministério Público e Judiciário, consolidando o *parquet* como autêntico co-determinador constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**, Milão:Giuffrè, 1960.

ANDRADE DE AZEVEDO, Eurico. Parecer em Justitia, 139:144 *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2008.

AXT, Gunter. **O Ministério Público no Rio Grande do Sul: evolução histórica**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça. Projeto Memória. 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar n. 75**, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LCP/Lcp75.htm>> Acesso em 12 agos 2010.

\_\_\_\_\_.**Lei n. 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)> Acesso em 12 agos 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência. RTJ 185/794-796**, Relator Ministro Celso de Mello, Pleno.

\_\_\_\_\_.Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Consultas no sítio: <<http://www.mds.gov.br/programas/rede-suas/protecao-social-especial/programa-sentinela-protecao-social-as-criancas-adolescentes-vitimas-de-violencia>>, Acessos em 12 agos 2010 e 20 set 2010.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **Resolução n.87**, de 6 de abril de 2010, do Conselho Superior do Ministério Público Federal. Disponível em:<<http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Legislacao/MinisterioPublico/Resolucoes/RESOLUCAO-N1-87-DE-06-DE-ABRIL-DE-2010>> Acesso em 2 set 2010.

CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto Mello de. e GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. **“A necessária elaboração de uma nova doutrina de MP, compatível com seu atual perfil constitucional”** In: CAMARGO FERRAZ (Coord.), Ministério Público-Instituição e Processo. São Paulo: Atlas, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora *apud* Relator Ministro Celso de Mello, RE 482611/SC, Julgamento em 23/03/2010.

CAPPELLI, Sílvia. **Atuação Extrajudicial do MP na Tutela do Meio Ambiente**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul nº 46.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo:Malheiros, 2003.

COCHIA, Juan J. **Las omisiones del Estado generan responsabilidad. Resumen: S-002**. Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, Argentina, 2004. Disponível em: <<http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/com2004/1-Sociales/S-002.pdf> >. Acesso em 28 agos. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil vol.2**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

\_\_\_\_\_. **O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. DA CUNHA, S.S.; GRAU, E.R. (organização). São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA FERRAZ, Anna Cândida da. **Processos Informais de Mudança da Constituição**, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad *apud* Relator Ministro Celso de Mello, RE 482611/SC, Julgamento em 23/03/2010.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. “O Ministério Público como Instituição Essencial à Justiça” In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves.(org). **Ministério Público – Reflexões sobre princípios e funções institucionais**.São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAREZE, Juliana de Souza. **A responsabilidade da Administração Pública por Omissão**. Monografia apresentada à banca da Faculdade de Direito da UFRGS - graduação. Porto Alegre, 2006.

FERREIRA, Ximena Cardozo. **A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id376.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. **A Atuação do Ministério Público na Implementação de Políticas Públicas da área Ambiental**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id377.htm>> . Acesso em 5 agos. 2010.

FILHO, Tourinho. Processo penal, Saraiva, 1982, v.2, cap. 22 *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.2.

FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_.**Discrecionariiedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos.** Artigo publicado na Revista Eletrônica “Atualidades Jurídicas”. OAB Editora, Março/Abril 2008. Disponível em [www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505615174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505615174218181901.pdf) Acesso em 27 ago 2010.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. “Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade.” In: Édis Milaré. (Org.). **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pgs. 17-32.

GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade.** Revista de Processo, n.101.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. “**Papel Constitucional do Ministério Público.**” In: CAMARGO FERRAZ (Coord.), Ministério Público-Instituição e Processo. São Paulo: Atlas, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

LYRA, Roberto. Theoria e pratica da promotoria publica. Rio de Janeiro: Ed. Jacintho, 1937, cap.1 *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989, p.2.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro” In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (coord). **Ministério Público: instituição e processo.** São Paulo: Atlas, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas.** Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 5, n.18, p.169-186, jul./set.2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Regime Jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Ministério Público.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Abdon de. **O Ministério Público e a Jurisprudência.** Porto Alegre: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial, 1944.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003 e 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora *apud* Relator Ministro Celso de Mello, RE 482611/SC, Julgamento em 23/03/2010.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente.** Revista de Direito Ambiental n.15, julho-setembro/1999.

MORAES, Voltaire de Lima (org.). **Ministério Público, direito e sociedade.** Porto Alegre: Fabris, 1986.

NETTO, Joaquim Cabral. **O Ministério Público na Europa Latina.** Belo Horizonte, 1974.

PAZZAGLINI FILHO, Marino . Palestra realizada em 31 de outubro de 1996 In:SADEK, Maria Tereza (org.). **O Ministério Público e a Justiça no Brasil.** São Paulo: Sumaré: Idesp, 1997.

PIERANGELLI, José Henrique. Processo penal, evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1983, p.180 *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989, p.2.

RASSAT, Michèle-Laure, Le Ministère Public entre son passe et son avenir. Paris, 1967, p.7 e pgs. 31-5 *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989, pgs.2 e 4.

REZENDE FILHO, Gabriel de. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1957, v.1, n.90, p.91 *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989, p.2.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEVERO, Sérgio. **Tratado da Responsabilidade Pública.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Cláudio Barros. “Abusos e omissões do Ministério Público e de seus membros.” In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves.(org). **Ministério Público – Reflexões sobre princípios e funções institucionais.** São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Octacílio Paula. Ministério Público. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p.4 *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.2.

VELLANI, Mario. Il pubblico ministero nel processo. Bologna, 1965, v.1, t.1, pgs.15 e 11 *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p.2.

## JULGAMENTOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45/DF**, Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em 29/04/2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 367432 AgR/PR**, Relator Ministro Eros Grau, 2ª. Turma, Julgamento em 20/04/2010.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal.**RE 482741/SC**, Relator Ministro Eros Grau, Julgamento em 14/12/2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 482611/SC**, Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em 23/03/2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **AI 583.136/SC**, Relatora Ministra Cármen Lúcia e **RE 503.658/SC**, Relator Ministro Eros Grau.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça.**REsp 493811/SP**, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Julgamento em 11/11/03, DJU 15/03/04.



**ANEXO I**

**RE 482611 / SC - SANTA CATARINA**  
**RECURSO EXTRAORDINÁRIO**  
**Relator(a): Min. CELSO DE MELLO**  
**Julgamento: 23/03/2010**

**Publicação**

DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010

**Partes**

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS

**Decisão**

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191- -197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-

1213 – RTJ 199/1219- -1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO: O presente recurso extraordinário foi interposto contra acórdão, que, proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, está assim ementado (fls. 348):

“Apelação cível. Ação civil pública. Programa Sentinela - Projeto Acorde. Atendimento de criança. Determinação judicial. Impossibilidade. Princípio da separação dos Poderes. Política social derivada de norma programática. Recurso provido.

À Administração Pública, calcada no seu poder discricionário, compete estabelecer as políticas sociais derivadas de normas programáticas, vedado ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade que norteiam as prioridades traçadas pelo Executivo.” (grifei)

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, parte recorrente, sustenta que o acórdão ora impugnado teria transgredido o art. 227 da Constituição da República.

O exame desta causa - considerada a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em análise (AI 583.136/SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 503.658/SC, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.) - convence-me da inteira correção dos fundamentos, que, invocados pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, informam e dão consistência ao presente recurso extraordinário.

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, “(...) com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (CF, art. 227, “caput” - grifei).

Para BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO (“O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança”, “in” Revista de Informação Legislativa nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal), a proteção integral da criança e do adolescente, tal como objetivada pelo Programa Sentinela–Acorde, exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem: “Neste ponto é que entra a função do Estado, que, conceituando a proteção à criança como um direito social e colocando como um de seus princípios a justiça social, deve impedir que estas pessoas, na correta colocação de Dallari, sejam oprimidas por outras. É necessário que seja abolida esta discriminação e que todo ‘menor’ seja tratado como criança – sujeito de direitos que deve gozar da proteção especial estatuída na Constituição Federal e também nas Constituições Estaduais.” (grifei)

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à proteção da criança e do adolescente – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento sócio-educativo às crianças vítimas de exploração ou violência (CF, art. 227, “caput”) – não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, um de seus precípuos destinatários.

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito da criança e do adolescente, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável

situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis.

Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004):

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração - com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

.....

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de

medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”

(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 227) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em

simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, tal como já advertiu o Supremo Tribunal Federal:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso

à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.”

(RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, corretamente assinala:

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

.....

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

.....  
 Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

.....  
 As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (grifei)

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, “caput”, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Entendo, por isso mesmo, que se revela acolhível a pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em exame.

Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto ora em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das conseqüências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).

O desprestígio da Constituição - por inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoría de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta da seguinte decisão, consubstanciada em acórdão assim ementado:

**“(...) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.**

- O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

**DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE.**

- O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. (...).”

(RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em tema de implementação de políticas governamentais, previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

O fato que tenho por relevante consiste no reconhecimento de que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incosequente.

O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente.

Ao contrário do que se afirmou no v. acórdão recorrido, as normas programáticas vinculam e obrigam os seus destinatários, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Impende destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA (AI 583.136/SC), em tudo aplicável, por identidade de situação, ao caso em análise:

“Ao contrário do que decidido pelo Tribunal ‘a quo’, no sentido de que a manutenção da sentença provocaria ingerência de um em outro poder, a norma do art. 227 da Constituição da República impõe aos órgãos estatais competentes - no caso integrantes da estrutura do Poder Executivo - a implementação de medidas que lhes foram legalmente atribuídas. Na espécie em pauta, compete ao Estado, por meio daqueles órgãos, o atendimento social às crianças e aos adolescentes vítimas de violência ou exploração sexual. Tanto configura dever legal do Estado e direito das vítimas de receber tal atendimento.

.....  
É competência do Poder Judiciário, vale dizer, dever que lhe cumpre honrar, julgar as causas que lhe sejam submetidas, determinando as providências necessárias à efetividade dos direitos inscritos na Constituição e em normas legais.

.....  
9. Exatamente na esteira daquela jurisprudência consolidada é que cumpre reconhecer o dever do Estado de implementar as medidas necessárias para que as crianças e os adolescentes fiquem protegidos de situações que os coloquem em risco, seja sob a forma de negligência, de discriminação, de exploração, de violência, de crueldade ou a de opressão, situações que confiscam o mínimo existencial sem o qual a dignidade da pessoa humana é mera utopia. E não se há de admitir ser esse princípio despojado de efetividade constitucional, sobre o que não mais pendente discussão, sendo o seu cumprimento incontornável.

10. Reitere-se que a proteção contra aquelas situações compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das



entidades que exercem as funções estatais, posto que tais condutas ilícitas afrontam o direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança.” (grifei)

Isso significa, portanto, que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado

social de que se reveste a proteção à criança e ao adolescente, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 227, “caput”, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, a proteção integral da criança e do adolescente.

Sendo assim, em face das razões expostas e considerando, ainda, anterior decisão que proferi sobre o mesmo tema (AI 583.264/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO), conheço do presente recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, para dar-lhe provimento (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo magistrado local de primeira instância.

Publique-se.

Brasília, 23 de março de 2010.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator